

10,-
Einbd 2,75



France

LA THÉORIE

DE LA

PERSONNALITÉ MORALE

ET

SON APPLICATION AU DROIT FRANÇAIS

LA THÉORIE

DE LA

PERSONNALITÉ MORALE

ET

SON APPLICATION AU DROIT FRANÇAIS

PAR

LÉON MICHOUD

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

PREMIÈRE PARTIE

NOTION DE PERSONNALITÉ MORALE
CLASSIFICATION ET CRÉATION DES PERSONNES MORALES

PARIS

LIBRAIRIE GENÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT, (5e ARRt)

1906

Rec. May 4, 1906

AVERTISSEMENT

On retrouvera, dans les trois premiers chapitres de ce livre, certains développements déjà publiés, soit dans la *Revue du droit public et de la science politique* (La Notion de personnalité morale, 1899), soit dans les *Annales de l'Université de Grenoble* (La création des personnes morales, 1900. La classification des personnes morales, 1903). Mais aucun de ces trois chapitres n'est là reproduction pure et simple des articles déjà parus ; tous ont été, non seulement revus, mais entièrement refondus. Nous avons dû en effet, dans l'ouvrage dont nous publions aujourd'hui la première partie, tenir compte de tout le mouvement d'idées qui s'est produit depuis 1899, en France surtout, autour de la question de personnalité morale. Cela nous a amené d'abord à analyser ce mouvement, et à discuter les théories émises depuis cette date. Cela nous a amené aussi à préciser, et, sur certains points, à rectifier nos propres idées. Si, dans ses grandes lignes, la théorie que nous exposions en 1899 est restée la même, nous avons cru devoir insister davantage sur son caractère purement technique et mieux définir sa portée et ses limites. Nous avons en outre consacré des développements spéciaux à la notion fondamentale de représentation de la personne morale par ses organes. Enfin sur beaucoup de points de

détail, nous avons complété ou modifié nos explications anciennes.

Nous n'avons pas d'ailleurs eu la prétention de faire un exposé complet des règles applicables aux diverses personnes morales. Notre seul désir a été de suivre, dans le détail de la pratique française actuelle l'application des diverses idées se rattachant à la théorie de la personnalité. Peut-être cette tentative ne sera-t-elle pas inutile en présence de la crise que traverse aujourd'hui, dans la doctrine, la notion de personnalité morale. Qu'on veuille bien, à raison des difficultés qu'elle présentait, excuser tout ce qui manque à notre travail !

Le Chevallon, le 21 août 1905,

L. Michoud.

CHAPITRE I

LA NOTION DE PERSONNALITÉ MORALE

SOMMAIRE : **1**. Définition de la personne morale. — **2**. Distinction de la personne morale au sens philosophique et de la personne morale au sens juridique. Celle-ci n'est autre chose qu'un *sujet de droit*. — **3**. Caractère technique de cette étude. — **4**. Relativité des éléments techniques du droit. — **5**. Leur importance. — **5** *bis*. Point de départ de la recherche : est-il exact que l'homme seul soit un sujet de droit ?

I. — **6**. Exposé sommaire du système de la fiction. — **7**. Ses conséquences. — **8**. Première objection à lui opposer : il ne résout pas le problème de la personnalité morale. — **9**. Seconde objection : on ne peut l'appliquer au droit public. — **10**. Nécessité d'étendre au droit public la notion de personnalité. — **11**. Personnalité de l'Etat nécessaire pour en maintenir l'unité. — **12**. L'Etat ne peut pas être une personne morale fictive. — **13**. Troisième objection au système de la fiction : il méconnait le rôle que joue le législateur dans les rapports sociaux, et ne donne pas aux associations licites le régime qui leur convient. — **14**. Impuissance du législateur à empêcher l'existence de fait des personnes morales. — **15**. Rôle réel de l'Etat en cette matière. — **15** *bis*. Quasrième objection au système de la fiction ; il fait trop abstraction des personnes physiques qui composent l'être moral.

II. — **16**. Systèmes qui, tout en repoussant l'idée de fiction, conservent le principe que l'homme seul est une personne. — **17**. I. Théorie des droits sans sujet, Brinz. — **18**. Bekker. — **19**. Objections. La notion de droit sans sujet implique contradiction. Elle est dangereuse. — **20**. II. Théorie de M. Duguit. — **21**. Elle prétend écarter toute fiction et toute abstraction ; impossibilité de cette tentative. — **22**. Insuffisance de la technique proposée par M. Duguit. — **23**. Nécessité de l'idée d'*imperium*, considéré comme droit de l'Etat. — **24**. III. Théorie de M. Van den Heuvel. — **25**. Théorie de M. de Vareilles-Sommières. — **26**. Théories de M. Planiol et de M. Berthélemy. — **27**. Théorie d'Ihering. — **28**. Objections. Ces diverses théories ne peuvent expliquer l'existence des personnes morales de droit public. — **29**. Elles oublient l'intérêt collectif du groupe qui est dis-

tinct de l'intérêt individuel des membres. — **30**. Elles n'analysent pas exactement la situation juridique du groupe.

III. — **31**. Théories qui admettent la réalité de la personne morale. Position de la question. — **32**. Les théories qui voient dans le droit subjectif un *pouvoir attribué à une volonté* ne peuvent démontrer la réalité de la personne morale qu'en démontrant que l'être collectif est doué de volonté. — **33**. Essai de démonstration par la théorie organique des sociétés. — **34**. Réfutation. Il n'y a pas identité entre les collectivités organisées et les organismes biologiques. — **35**. L'idée d'organisme n'entraîne pas l'idée de volonté. — **36**. Théorie de la volonté de Zitelmann. — **37**. Réfutation. — **38**. Théorie de Rousseau. Son insuffisance. — **39**. Théorie de M. Hauriou. La réalité du phénomène de la représentation. — **40**. Part de vérité contenue dans la théorie ; son insuffisance. — **41**. Théorie de M. Boistel. Le faisceau de volontés des associés. — **42**. Elle n'aboutit pas à démontrer la personnalité du groupe. — **43**. Système de Jellinek. La volonté existe dans la personne morale au point de vue de la raison pratique du juriste, non au point de vue philosophique. — **44**. Elle se rapproche de la vérité en renonçant à rechercher dans l'être collectif une volonté réelle, mais elle ne démontre pas sa personnalité.

IV. — **45**. Point de départ à adopter. Le fondement du droit n'est pas dans la volonté. — **46**. Démonstration par la situation du fou et de l'*infans*. — **47**. Démonstration tirée de la nature même de la volonté ; ce que le droit protège c'est l'*intérêt* que la volonté représente. — **48**. La volonté élément secondaire du droit subjectif. Différence entre le droit subjectif et l'effet réflexe du droit d'autrui. Définition du droit subjectif. — **48** *bis*. Objections de M. de Vareilles-Sommières : la personnalité de l'*infans* ; les animaux et les êtres inanimés. — **49**. Objection de l'école libérale. La définition du droit basé sur l'intérêt compromettrait l'existence des droits de la personne humaine. — **50**. Réponse. La doctrine, qui est d'ordre technique, est compatible avec toute théorie de droit naturel. — **51**. L'Etat doit protéger d'abord les intérêts de l'individu humain, et par conséquent reconnaître la personnalité de l'homme. — **52**. Il doit aussi protéger les intérêts collectifs et permanents des groupements humains, et pour cela reconnaître leur personnalité. — **53**. Conditions nécessaires pour cela. Première condition : un intérêt collectif distinct des intérêts individuels. Groupements divers qui remplissent cette condition. — **54**. Deuxième condition : organisation suffisante pour dégager une volonté collective. Formes diverses sous lesquelles se présente cette volonté. — **55**. Caractère artificiel de la volonté ainsi organisée. — **56**. Rôle de l'Etat vis-à-vis des groupements organisés. L'acte qu'il fait en reconnaissant leur personnalité est de même nature que celui qu'il accomplit en reconnaissant la personnalité de l'homme. — **57**. Il a le droit de réglementer la formation du groupement. — **58**. Il peut y avoir dans certains cas

utilité à refuser de reconnaître la personnalité du groupement régulièrement organisé. En outre l'Etat est compétent pour fixer les limites du concept de personnalité.

V. — **59**. Situation des personnes chargées de représenter la personne morale. Théorie de la représentation de droit privé (mandat ou représentation légale). — **60**. Théorie de l'organe. Il est une partie intégrante de la personne morale, et par lui c'est en réalité elle qui agit. — **61**. Conséquences. Il a des pouvoirs supérieurs à celui du représentant ordinaire ; il n'a, *en tant qu'organe*, aucune personnalité vis-à-vis de l'être moral. — **62**. Objections à cette théorie et réponses. — **63**. Observations qui limitent la théorie de l'organe. Le mot organe ne peut être employé qu'à titre de comparaison. La personne morale n'est pas tout entière dans ses organes. — **64**. En quoi la représentation par l'organe est plus étendue que la représentation ordinaire. — **64** *bis*. Droits de la personne chargée du rôle d'organe vis-à-vis de la personne morale.

VI. — **65**. Limite du concept de personnalité. Séparation absolue, en droit romain, entre l'*universitas* et la *societas*. Application de cette idée aux sociétés civiles et commerciales. — **66**. Explication des particularités offertes par ces sociétés au moyen d'idées autres que la notion de personnalité morale. — **67**. Origine de la société avec propriété en main commune. — **68**. Possibilité d'un groupe intermédiaire entre l'*universitas* et la *societas*. — **69**. Théorie de la société avec propriété en main commune ; en quoi ce régime ressemble à celui de la personnalité morale. — **70**. En quoi il en diffère. — **71**. Il faut classer parmi les personnes morales tout groupement dans lequel l'intérêt collectif ne se confond pas avec l'intérêt individuel des membres. — **72**. Il en est ainsi dans tout groupement à but idéal. — **73**. Il en est de même dans les sociétés de gain à personnel variable. — **74**. Autre critérium tiré du fait que les membres sont personnellement tenus des dettes du groupe. Son insuffisance.

1. Le mot *personne*, dans la langue juridique, désigne un sujet de droit, c'est-à-dire un être capable d'avoir des droits lui appartenant en propre et des obligations lui incombant.

Les mots *personne juridique* ou *personne morale* (1)

(1) Aucun des mots employés pour désigner les personnes morales n'a réussi à se faire accepter d'une manière définitive. En France, on emploie souvent le terme de *personne civile* qui se trouve dans plusieurs textes (loi du 5 avril 1884, art. 111 ; loi du 28 avril 1893, art. 71 ; loi du 14 avril 1893, art. 8 ; loi du 21 avril

désignent *un sujet de droit qui n'est pas en même temps un être humain, une personne physique.* Cette définition, purement négative, n'apprend rien sur la nature de la personne morale et sur l'étendue des droits qui peuvent lui appartenir ; mais elle est la seule que l'on puisse prendre comme point de départ, parce qu'elle est la seule sur laquelle tout le monde puisse s'entendre. Elle exprime un simple fait, le fait que dans nos sociétés

1898, art. 2 ; loi du 13 avril 1900, art. 32 et 34 ; loi du 19 décembre 1900, art. 1 : loi du 25 février 1901, art. 57 ; loi du 14 juillet 1901 (dans l'intitulé) ; loi du 30 mars 1902, art. 72 ; loi du 31 mars 1903, art. 71 ; décret du 10 novembre 1903, art. 1 ; loi du 18 février 1904 ; décret du 2 janvier 1905, art. 8). Nous nous refusons à l'employer, parce qu'il implique l'idée que la personnalité est une notion de pur droit privé, alors que, suivant nous, elle est une notion commune au droit privé et au droit public. Au reste, nos lois préfèrent d'ordinaire décrire la personnalité morale sans la nommer (V. les explications données à la Chambre des députés, par M. Marc Sauzet, dans la séance du 21 mai 1897, à propos des sociétes de secours mutuels) ; ou bien elles procèdent en déclarant que l'établissement dont il s'agit est un établissement public ou d'utilité publique, ce qui implique quelque chose de plus que la simple personnalité morale. Il n'y a donc pas à tenir compte du langage de la loi. — Parmi les auteurs, on trouve aussi parfois l'expression de *personne fictive*, que nous ne pouvons employer parce qu'elle suppose une théorie de la personnalité qui n'est pas la nôtre. — Restent les deux expressions que nous indiquons au texte. Le mot *personne juridique*, aujourd'hui le plus employé à l'étranger (par ex. dans le Code civil allemand, art. 21 et s.), peut être admis sans inconvénient grave ; mais on doit faire remarquer qu'il est en réalité trop large : car la personnalité juridique appartient à l'homme, aussi bien qu'aux groupes pour qui on réserve plus particulièrement ce terme. Il faudrait dire : *personne purement juridique*, ce qui n'est guère pratique. — En somme, nous croyons préférable le terme de *personne morale* qui, il est vrai, est vague et n'atteint pas l'essence du sujet, mais qui du moins ne peut donner lieu à aucune confusion fâcheuse. Il a été employé par quelques législations, notamment l'Allgemeines Landrecht et le

humaines des droits distincts sont attribués, non pas seulement à des êtres physiques, mais à certains groupements, à certaines associations, et parfois même à quelque chose de plus abstrait encore, à un but idéal indépendant, au moins en apparence, de tout groupement. Ce fait, qui se produit sous nos yeux, et dont nous pouvons constater l'existence dans les sociétés qui ont précédé la nôtre, a paru si extraordinaire à certains esprits qu'ils y ont vu une institution tout à fait étrange et anormale, une sorte de création *ex nihilo* dépassant presque les pouvoirs du législateur : « le mot créer, dit Laurent (1), est un mot très ambitieux qui ne convient

Code autrichien ; c'est aussi celui qu'emploie l'avant-projet du code civil suisse, art. 61 et suiv. Les lois italiennes emploient fréquemment l'expression de *corpi* ou *enti morali* (V. les nombreux textes cités par les commentateurs italiens de Windscheid, Fadda et Bensa, *Diritto delle Pandette*, Torino 1895, p. 775). M. Hauriou (*Leçons sur le mouvement social*, p. 146), distingue la personnalité morale de la personnalité juridique ; l'on pourrait en effet réserver le mot de personnalité morale pour désigner la personnalité philosophique, et employer celui de personne juridique pour désigner simplement un sujet de droit ; l'on pourrait aussi comme le font d'autres auteurs (p. ex. Castelein. *Droit naturel*, p. 510), appeler personne morale tout groupe apte à être personnalisé, et réserver le nom de personne juridique aux groupes dont la personnalité serait reconnue par le droit positif. Mais le seul fait que la distinction peut être entendue en deux sens différents, montre qu'elle est susceptible de donner lieu à certaines méprises. Nous préférons conserver aux deux termes leur synonymie consacrée par l'usage des juristes. La plupart des auteurs français emploient, ou le mot *personnes civiles*, ou le mot *personnes morales*. M. Planiol, *Droit civil*, 1re éd. t. I, nos 670 et s.), 3e éd. nos 3005 et s.) emploie le mot *personnes fictives* ; M. Capitant (*Introd. à l'Etude du droit civil*, 2e éd. pp. 149 et s.), celui de *personnes juridiques*.

(1) *Principes de droit civil*, t. I, n° 288. — Cpr. Van den Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif*,

nullement à la faiblesse humaine : l'homme ne comprend pas même la création. Ici cependant le mot est à sa place en un certain sens. A la voix du législateur un être sort du néant, et figure sur un certain pied d'égalité, à côté des êtres réels créés par Dieu ». Pour nous, si quelque chose nous étonne, c'est l'étonnement même exprimé par ces lignes. L'idée de droits appartenant à des groupements humains nous paraît, non pas aussi facile à expliquer et à justifier, mais aussi fondamentale que l'idée de droits appartenant à des êtres isolés. Historiquement elle est au moins aussi ancienne, et il est bien certain que dans les sociétés primitives les droits du groupe ont eu plus d'importance que ceux des individus. Pratiquement aucune société ne peut se comprendre sans certains droits attribués à des collectivités. On peut différer d'opinion sur l'explication juridique du phénomène. Mais il a un tel caractère de constance et d'universalité qu'il est impossible d'y voir quelque chose d'étrange et d'exceptionnel.

2. L'étonnement de Laurent a sa source dans une équivoque. Dans le langage courant, le mot personne désigne exclusivement l'être humain. Dans le langage philosophique, le sens en peut varier suivant les écoles, et, pour quelques-unes d'entr'elles, c'est un mot qui n'a même plus aucun sens. Mais pour toutes les écoles spiritualistes, la définition qu'on en peut donner ne s'appli-

p. 35. — M. Vauher (*Etudes sur les personnes morales*, 1887, Préface, p. VII) exprime une idée analogue : « La fiction par laquelle on attribue la capacité juridique à quelque chose qui n'est pas un être humain paraît étrange au premier abord... ». Mais il montre fort bien plus loin (p. 384) que cette étrangeté n'existe qu'en apparence.

que, au moins sur la terre, qu'à l'homme (1). C'est en attribuant inconsciemment le sens philosophique au mot personne que l'on arrive à voir un fait anormal dans la personnalité morale. — Or nous ne prétendons pas que le droit puisse créer une personne en ce sens. Pour la science du droit, la notion de personne est et doit rester une notion purement juridique. Le mot signifie simplement un *sujet de droit*, un être capable d'avoir des droits subjectifs lui appartenant en propre, — rien de plus, rien de moins. — Pour savoir si certains êtres répondent à cette définition, il ne faut donc pas examiner si ces êtres constituent des personnes au sens philosophique du mot. Il faut se demander seulement s'ils sont de telle nature que des droits subjectifs doivent leur être attribués. Indirectement sans doute, la notion de personnalité philosophique pourra influer sur celle de personnalité juridique. Nous montrerons plus loin que le législateur peut y trouver un motif pour donner à tout être humain la qualité de sujet de droit. Mais rien ne prouve *a priori* que les deux notions coïncident, et que cette qualité de sujet de droit ne puisse être appliquée à d'autres qu'à des hommes. Pour le savoir, une seule méthode est admissible : il faut se demander ce que l'on entend par droit (au sens subjectif du mot), et quels sont les êtres

(1) Il en est ainsi notamment de la définition de saint Thomas : *Rationalis naturæ individua substantia*. L'idée de nature raisonnable impliquée par elle en rend impossible l'extension ici-bas à tout autre être qu'à l'homme. — La notion de personnalité philosophique s'affaiblit dans les écoles qui ne voient dans le *moi* qu'une synthèse, qu'une coordination de phénomènes. Elle disparaît complètement pour celles qui n'admettent pas l'idée d'individualité (V. p. ex. Le Dantec, *L'individualité et l'erreur individualiste*).

qui, d'après la définition à laquelle on arrivera dans cette recherche, sont capables d'être considérés comme titulaires d'un droit.

3. De sa nature, cette étude est d'*ordre purement technique.* Il s'agit de rechercher quelle est l'étendue d'un concept juridique abstrait, afin de déterminer à quels phénomènes de la vie juridique on doit l'appliquer. C'est une étude du même ordre que celle qui consisterait, par exemple, à déterminer l'étendue de la notion de droit réel par opposition à celle de droit de créance. De la manière d'entendre la notion découleront naturellement des conséquences plus ou moins étendues qui permettront d'enfermer un ensemble de phénomènes connexes dans ce qu'on appelle une *construction juridique.* Si nous concevons la notion de *sujet de droit* comme assez étendue pour comprendre certains groupes humains (Etats, communes, associations, fondations), il en résultera toute une série de conséquences quant aux procédés techniques à employer pour faire vivre ces groupes et réglementer leur activité juridique : il en résultera, par exemple, que les biens consacrés aux intérêts collectifs de ces groupes seront considérés techniquement comme la propriété du groupe lui-même et non comme la copropriété des membres, que le groupe devra être admis à ester en justice, à contracter, à acquérir, en son propre nom, par l'intermédiaire d'un représentant, etc. On a pu, à juste titre, dans ces dernières années, signaler l'abus que les jurisconsultes sont portés à faire de ces constructions juridiques. M. Gény, dans son beau livre sur la *Méthode d'interprétation du droit,* a montré avec une netteté parfaite en quoi consiste cet abus, et quel danger il offre : il consiste « à envisager comme

douées d'une réalité objective permanente des conceptions idéales provisoires et purement subjectives de leur nature » ; et le danger, c'est d'aboutir « à faire tenir *a priori* tout le système du droit positif en un nombre limité de catégories logiques, qui seraient prédéterminées par essences, immuables dans leur fonds, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles par conséquent de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie » (1). M. Gény n'a pas de peine à montrer que les déductions logiques provenant de ces conceptions idéales n'ont pas de valeur par elles-mêmes, et que la technique ainsi comprise ne doit pas être une fin en soi, mais doit rester l'humble servante des idées de justice et d'utilité sociale qui seules au fond ont le droit de déterminer les solutions juridiques. Pourtant, et il le déclare lui-même (2), ce n'est pas une raison pour exclure absolument les constructions de cette nature : outre leur utilité didactique qui est incontestable, elles peuvent servir à trouver des solutions nouvelles « en fécondant les raisons, toutes concrètes, des institutions au moyen de conceptions qui, jouant à leur égard le rôle d'*idées-forces*, permettent d'en tirer des effets inaperçus ou d'y rattacher de plus équitables conséquences ». Ces constructions doivent donc être admises par le juriste comme moyens pour arriver à une plus complète réalisation du droit; mais il ne doit les accepter qu'à titre de simples *hypothèses*, utiles seulement dans la mesure où elles facilitent la véritable tâche du droit, qui est d'introduire l'idée de justice dans les relations sociales.

(1) Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, n° 61.
(2) *Op. cit.*, n° 68.

4. Ces explications, qui nous paraissent très justes, peuvent cependant. croyons-nous, être précisées utilement sur certains points. Les notions premières sur lesquelles opère la science du droit — telles par exemple que les notions de droit subjectif, de sujet actif ou passif du droit, d'objet du droit — ne sont autre chose que la décomposition du phénomène juridique par le procédé de l'analyse, et s'il est exact qu'elles n'ont pas en elles-mêmes de réalité objective, on doit cependant admettre qu'elles nous sont pratiquement indispensables. Aucune technique du droit ne peut, croyons-nous, se passer d'elles, parce que sans elles il nous serait impossible de percevoir dans notre esprit les phénomènes juridiques. *Ces notions étant une fois définies*, les conséquences que le juriste est amené à en tirer n'ont rien d'arbitraire; elles sont impérieusement commandées par la logique: si par exemple nous concevons un droit subjectif comme un *pouvoir de vouloir*, comme une *puissance attribuée à une volonté*, il nous sera impossible d'admettre l'existence réelle, actuelle, d'un droit sans sujet, et impossible de concevoir ce sujet autrement que comme un être doué de volonté. Ce ne seront là que les conséquences de la définition même que nous aurons admise. Mais ce qui est vrai, c'est que la définition qui nous sert de point de départ n'est qu'une conception de notre esprit, et que nous devons la modifier si nous nous apercevons qu'elle n'embrasse pas tous les phénomènes que nous avons voulu grouper sous ce concept. Or la question de savoir quels sont les phénomènes que nous devons chercher à grouper de cette manière n'est plus une question de logique; elle ne peut être résolue que par l'observation des faits sociaux. La définition, et ses conséquences, c'est-à-dire

la construction juridique que nous édifierons sur elle, ne forment qu'un tout dont, un point une fois admis, le reste suit nécessairement. Mais nous ne devons appliquer tout cet ensemble de déductions qu'aux phénomènes rentrant dans la définition adoptée par nous, et nous ne devrons adopter cette définition qu'après avoir vérifié que la construction qui en dérive est bien la meilleure à appliquer à l'ensemble des phénomènes qu'elle comprend. C'est sur ce point — dans l'application de la théorie aux faits positifs — que l'arbitraire et l'erreur peuvent se glisser; nous pouvons nous tromper en affirmant que telle ou telle théorie est la meilleure, la plus pratique, la plus juste, pour régir un ensemble de faits et par conséquent nous devons toujours considérer cette théorie comme une hypothèse, prête à être remplacée s'il est démontré qu'une autre s'y adapte mieux. Notre théorie ne sera donc pas *absolue*. Si nous arrivons à conclure que la notion de personnalité juridique est assez large pour comprendre certains groupes humains, nous n'affirmerons pas par là même que ces groupes ne peuvent pas vivre sous un autre régime que celui de la personnalité. Même pour l'être humain individuel l'application de l'idée de personnalité n'est pas indispensable, puisque durant de longs siècles il a existé des hommes — les esclaves — auxquels le droit ne reconnaissait aucune personnalité et dont certains intérêts au moins étaient cependant protégés par voie indirecte. Pour les groupes cela est plus évident encore. Des milliers de groupements ont vécu et vivent encore sous l'empire d'une technique autre que celle qui découle de l'idée de personnalité morale, soit sous le simple régime de la société, soit sous la forme si développée dans les pays anglo-saxons du trust, c'est-à-dire avec des biens

qui sont officiellement la propriété d'un tiers (1). Toutes ces combinaison et d'autres encore peut-être, sont *possibles*; et dans certains états de fait, alors par exemple que les groupements peuvent craindre une certaine hostilité de l'Etat, elles peuvent même parfois être préférables au régime de la personnalité qui est pourtant, suivant nous, le régime naturel de ces grupements. D'autre part, l'Etat a pu préférer à certains moments une technique différente parce qu'elle servait mieux ses desseins. Il faut donc, comme le veut M. Gény, limiter l'application de notre technique là où elle est réellement utile pour servir la fin supérieure du droit. C'est par d'autres considérations que des considérations techniques que l'on doit décider si les groupements humains sont dignes de la faveur ou de l'hostilité du législateur, dans quelle mesure on doit chercher à les développer ou au contraire à les restreindre, quelles précautions sont nécessaires pour qu'ils ne deviennent pas oppresseurs à l'égard de leurs membres, etc. La forme juridique sous laquelle on concevra ces groupes, personnalité morale ou autre, devra être de préférence celle qui servira le mieux le but poursuivi par le législateur.

5. Mais, ces réserves faites et les questions de technique étant ainsi ramenées à leur juste valeur, il serait dangereux d'en méconnaître l'importance. Elle existe à un double point de vue.

Tout d'abord nous croyons qu'à chaque idée juridique

(1) On peut voir tout le parti que la pratique juridique anglaise a tiré du trust, dans l'article très intéressant, très suggestif pour le juriste continental, que M. Maitland a publié dans la *Grünhut's Zeitschrift*, t. XXXI (1904), pp. 1 et s., sous le titre de : *Trust und Korporation*.



correspond une technique qui s'y adapte mieux que toute autre, qui en est le vêtement naturel, fait à sa mesure et à sa taille. Nous chercherons à démontrer que, pour certaines catégories de groupements sociaux, le seul régime juridique, correspondant à la généralité des faits, est bien celui de la personnalité morale. Les autres procédés techniques que l'on peut leur appliquer, régime de la société, régime de l'indivision, régime du trust, ne traduisent pas exactement les phénomènes de la vie corporative ; ils ne prennent pas les faits tels qu'ils sont, car il ne s'agit, à proprement parler, dans ces groupements, ni d'une société, ni d'une indivision ordinaire, ni d'une propriété fiduciaire. Leurs membres conçoivent le groupe comme un sujet de droit distinct. Si le législateur le traite autrement, il déforme la réalité, et applique par fiction à un phénomène juridique un régime établi pour un phénomène différent. Pratiquement, cela peut suffire parfois ; mais cela n'est pas sans entraîner pour le groupe des complications et des dangers. La technique la meilleure est celle qui serre de plus près la réalité.

D'autre part, les idées appartenant à la partie technique du droit ne sont pas sans influer snr les solutions juridiques elles-mêmes, en imprégnant l'esprit du juriste d'idées qui deviennent, comme le dit très bien M. Gény, des idées-forces, parfois très puissantes. La matière que nous traitons nous en fournit des exemples frappants et il n'est pas inutile d'y insister quelque peu.

En théorie un régime très libéral des associations peut s'accommoder de techniques très différentes : la doctrine de la fiction telle que nous allons l'exposer, peut très bien rester à la base d'un régime où les associations sont per-

sonnalisées de plein droit, sans aucune intervention spéciale du législateur; il suffit pour cela de déclarer que le législateur a admis à l'avance la fiction pour toute association licite. A l'inverse, les théories qui font résulter, de plein droit, la personnalité morale de la réunion de certaines circonstances de fait peuvent fort bien s'accorder avec un régime très rigoureux d'autorisation préalable des associations; il leur suffit de dire que parmi les circonstances de fait nécessaires à la création d'une personne morale se trouve la reconnaissance de l'association, en tant que telle, par le pouvoir exécutif ou même par le pouvoir législatif. Mais en fait le plus souvent la pratique et la théorie juridique réagiront l'une sur l'autre et il se formera une théorie s'adaptant mieux que toute autre aux besoins de la pratique et secondant ses tendances. La théorie de la fiction a été, pour les prétentions de l'Etat à la toute-puissance en matière d'associations, un auxiliaire précieux, et elle a régné presque sans contestation chez nous tant que ces associations ont été soumises à un régime rigoureux d'autorisation préalable. A l'inverse, les théories, aujourd'hui dominantes, d'après lesquelles l'Etat se borne à reconnaître la personnalité juridique des groupes, personnalité dont les éléments lui sont fournis du dehors, paraissent mieux s'adapter à un régime de plus en plus libéral, et seconderont probablement le mouvement qui se produit dans le sens de la liberté des groupements privés.

De même, nous estimons que l'on ne pourrait faire disparaître l'idée de personnalité sans affaiblir le sentiment nécessaire de l'unité et de la permanence de l'Etat ainsi que des autres groupes représentant des

intérêts collectifs, et à ce point de vue nous jugeons dangereuses les théories qui, dans ces groupes, cherchent à ramener tous les droits de la collectivité aux droits individuels de ses membres. M. Ducrocq a déjà montré (1), et nous insisterons nous-même plus loin sur cet exemple, que l'oubli de l'idée de personnalité a entraîné les assemblées révolutionnaires à prendre, au sujet des biens communaux, les mesures les plus regrettables. Elle pourrait de même conduire les représentants de l'Etat, soit à oublier les engagements pris dans le passé (2), soit à se préoccuper trop peu des charges à léguer aux générations futures. La logique ne gouverne pas le monde à elle seule; mais on doit toujours compter avec son influence latente.

A ces points de vue et à d'autres encore, que nous aurons l'occasion de signaler au passage, la technique à appliquer est loin d'être indifférente aux résultats à atteindre ; il importe donc au plus haut point de ne pas abandonner l'étude de ces théories abstraites, tout en restant conscient de leur juste valeur.

5 *bis*. Pour la plupart des juristes du XIXe siècle le point de départ de la théorie de la personnalité juridique se trouve dans l'axiome que l'homme seul est un sujet de droit. Nous allons essayer de montrer tout

(1) Ducrocq. *Cours de droit administratif*, 7e éd., t. IV, nos 1376 et s. V. au surplus, *infrà*, no 29.

(2) V. la discussion à la Chambre sur les majorats. Séance du 7 mars 1905. M. Thivrier demande le rejet de la convention avec les titulaires du majorat, proposée par la Commission et le Gouvernement, parce que « la République ne peut pas et ne doit pas accepter cet héritage des régimes déchus. » — V. la réponse de M. Rouvier, président du Conseil. — V. aussi ci-après (nos 22 et s.), la discussion de la théorie de M. Duguit.

d'abord que les divers systèmes édifiés sur cette base sont inadmissibles et en désaccord avec la réalité des choses. Nous aurons ainsi déblayé le terrain sur lequel nous essaierons de construire.

I

6. Le premier système sorti de cette idée est celui qui était couramment admis en France à une époque encore récente (1) et que l'on désigne habituellement sous le nom de système de la fiction. L'homme seul étant une personne réelle, on ne peut expliquer que par une fiction juridique l'idée de personnalité appliquée à d'autres choses qu'à des êtres humains. Le législateur *suppose*, en vue d'un intérêt général, une personne fictive qu'il traite partiellement comme si elle était

(1) V. notamment Laurent, *Droit civil*, t. I, nos 287-288 et s. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade. *Des personnes*, t. I, § 296. — Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 7e éd., t. IV, no 1372. — Trouillot et Chapsal, *Le Contrat d'association*, p. 78 et s. — Beaucoup d'auteurs français, sans insister sur l'idée de fiction, emploient pour désigner la personne morale des termes qui supposent cette idée : par exemple le terme de *personne fictive* ou celui d'*être de raison* (exemple : Aubry et Rau, § 54, 5e éd., t. I, p. 268). Laurent est, de tous les auteurs, celui qui a le plus vivement insisté sur l'idée de fiction. Mais pour lui la fiction ne va pas jusqu'à l'assimilation des personnes civiles aux personnes naturelles ; les premières n'ont que certains droits, ceux qui leur sont reconnus expressément par la loi ; elles ne sont pas réellement propriétaires. L'assimilation est inexacte et prête à des erreurs dangereuses. Il est resté, d'ailleurs, seul ou à peu près, à soutenir un système aussi restrictif. La plupart des auteurs entendent la fiction dans le sens d'une assimilation, au moins partielle, des deux catégories de personnes.

réelle (1). Par là il rend possible l'existence de droits appartenant à cette personne qu'il imagine, et les fait rentrer dans ses règles générales.

7. Il résulte de cette conception première que l'Etat reste le maître absolu de la fiction dont il se sert. La personnalité morale ne répond pas à la réalité. Elle n'est qu'une *faveur* accordée par la loi à certains groupements qui lui en paraissent dignes. Sans doute cette faveur peut être octroyée sous diverses formes : le législateur peut se réserver le droit d'examiner dans chaque cas particulier, s'il y a lieu de l'accorder ; il peut déléguer ce même droit à l'autorité administrative ; il peut aussi l'accorder à l'avance à tous les établissements qui

(1) C'est ainsi que la théorie de la fiction est le plus souvent présentée : Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, t. II, p. 223 et s. — Unger, *System des österr. Privatrechts*, t. I, p. 314, et *Kritische Uberschau*, VI, 166 : « Le droit fait des fictions pour ne pas accepter des notions en contradiction avec ses règles fondamentales, et qui apparaîtraient comme des anomalies indisciplinées ; par ce moyen, le droit courbe les faits sous sa règle au lieu de se courber sous les faits. » Puchta (*Vorlesungen*, p. 56 et *Kleine Schriften*) parle, non de fiction, mais de *création* légale. Au fond l'idée est la même, cette création ne pouvant être que celle d'un être purement fictif. Elle est seulement présentée d'une manière plus choquante. — V. sur ces deux manières d'entendre la théorie de la fiction, l'ouvrage de Zitelmann qui contient le meilleur exposé des doctrines modernes sur ce sujet (*Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, § 3, p. 12 et suiv.). — Bierling (*Zur Kritik der jurist. Grundbegriffe*, t. II, nos 172-173) admet qu'il y a une double fiction : l'une consistant à considérer la collectivité comme un sujet de droits distinct de ses membres ; l'autre consistant dans les rapports de la collectivité et de ses membres, à considérer l'ensemble des membres *moins un* comme la collectivité elle-même. Il nous semble bien que la première de ces fictions entraîne implicitement la seconde, en sorte qu'en réalité elles se ramènent à une seule.

se formeront sur un certain type, et se soumettront à certaines règles. Mais comme il ne s'agit que d'une faveur, elle reste, par essence, purement arbitraire. Aucun groupement, même licite, ne peut élever la prétention de l'avoir par la Nature ; il lui faut la Grâce ; et cette Grâce pourra lui être retirée comme elle lui a été donnée. En général l'Etat ne la donnera qu'aux groupements qui lui sont agréables et la refusera aux autres. La personnalité morale sera donc conçue comme quelque chose de tout à fait différent du droit d'association ; elle sera un attribut que l'on accordera à quelques associations seulement. D'autre part, elle sera indépendante du groupement même qui l'aura obtenue. On traitera la personne morale comme si elle était absolument distincte des membres qui la composent ; elle pourra subsister, au moins dans l'opinion la plus fidèle à la logique du système, quand le groupement aura entièrement disparu (1) ; et la volonté de ses membres ne suffira pas pour entraîner sa suppression en tant qu'être moral (2).

Nous devons nous borner pour le moment à cette vue générale de la doctrine de la fiction. Elle suffit au but que nous nous proposons. — Nous réservons à des développements ultérieurs l'étude des conséquences de détail du système ; ce que nous voulons faire dès à présent, c'est seulement la discussion du principe lui-même.

8. 1° La première objection qu'on doit lui opposer, — et elle est fondamentale, — c'est qu'il ne résout

(1) Savigny, *op. cit.*, p. 279 (au moins pour le cas où la corporation repose sur un intérêt public et permanent).

(2) Savigny, *op. cit.*, p. 278. — V. du reste sur ces conséquences : Gierke, *Genossenschaftsrecht*, t. III, p. 181.



rien ; c'est qu'il est impuissant à donner la clef du problème posé (1). Le fait à interpréter juridiquement, c'est le fait de biens n'appartenant pas à des individus, fait que l'on constate à toutes les époques de l'histoire, et dont aujourd'hui encore notre état social ne peut se passer. Dire que ces biens appartiennent à une personne fictive, c'est dire, en termes à peine déguisés, qu'ils n'appartiennent à personne. Si l'existence d'un droit ne se comprend pas sans un sujet qui en soit le titulaire, on n'explique pas cette existence en l'attribuant à un sujet fictif ; au contraire, on avoue par là même qu'il n'a pas de sujet réel. Autant, comme l'a dit un auteur (2), accrocher son chapeau à un portemanteau que l'on feint dans la muraille. La fiction peut servir en droit à simplifier, à faciliter l'explication de certaines théories juridiques ; par elle-même elle ne résout rien, et là où manque une condition essentielle, elle est impuissante à la suppléer.

Aussi est-ce bien le système de la fiction qui a engendré directement les doctrines, étranges au premier abord, d'après lesquelles les biens en question devraient être considérés purement et simplement comme des biens sans maître, et les droits qui y sont relatifs comme des droits sans sujet. Les auteurs qui ont développé ces systèmes se sont bornés à écarter la fiction comme inutile, et à déclarer qu'il fallait voir ce qu'il y avait derrière elle. En cela ils avaient raison. Mais, le voile

(1) Cette première objection a été développée par un grand nombre d'auteurs ; notamment : Zitelmann, *op. cit.* § 3 ; Meurer, *Der Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen*, t. I, p. 66 et suiv. etc. — Mestre, *Les personnes morales et le problème de la responsabilité pénale*, 1899, p. 157 et suiv.

(2) Brinz, *Pandekten*, 3e édition, t. I, p. 226.

une fois soulevé, ils n'ont pas su voir ce qu'il cachait, parce qu'ils conservaient cette idée préconçue que l'homme seul est une personne réelle. Gardant ce point de départ et supprimant la fiction, il ne leur restait plus aucun point d'appui pour les droits dont il s'agit ; ils en étaient réduits à les laisser en quelque sorte en l'air, et à s'écarter de cette idée fondamentale qu'un droit ne se conçoit pas comme existant sans un sujet auquel il appartienne. Si éloignée que soit cette conception de nos habitudes d'esprit françaises, au fond elle ne diffère pas essentiellement du système de la fiction ; entre les deux il n'y a que l'épaisseur d'un mot (1). — Aussi est-il facile de suivre les transitions d'une doctrine à l'autre. Certains auteurs, tels que Böhlau (2), marquent cette transition en donnant à la fiction une forme particulière : la personne morale n'est en réalité qu'une masse de biens, un patrimoine sans maître ; ce patrimoine est traité juridiquement comme s'il avait un sujet humain ; il n'est pas une personne, mais on lui fait jouer le rôle d'une personne suivant l'expression romaine : *Personæ vice fungitur*. — D'autres, par exemple Windscheid (3), ne se refusent pas à employer l'expression courante de

(1) Cette parenté entre les deux théories a été déjà plusieurs fois indiquée. V. note dans Meurer, *op. cit.* t. I, p. 54. Le même auteur p. 53, classe Laurent parmi les partisans du système des droits sans sujet et au fond ce n'est pas sans raison. — M. Planiol, dans une note du recueil de Dalloz (92, 2, 513), emploie également des formules qui paraissent ramener la théorie de la fiction à celle des droits sans sujet. Mais il a précisé sa doctrine dans son *Traité de droit civil*. V. *infrà* n° 26 ; et il a déclaré (3e éd., p. 978, note 1) que sur ce point il avait été mal compris.

(2) Böhlau, *Rechtssubject und Personenrolle*, p. 16 et suiv.

(3) Windscheid, *Pandekten*, § 49, notes 4 et 5.

personne juridique ; mais ils font remarquer qu'en réalité les droits dont il s'agit sont sans sujet, et que si on admet une personnification, c'est par suite du penchant de la nature humaine à personnifier ses concepts. On dit par exemple de l'opinion publique qu'elle a remporté une victoire ; du commerce qu'il est entré dans une voie nouvelle. La personnification juridique est quelque chose d'analogue à ces personnifications courantes. On doit l'admettre à cause de ses avantages pratiques, parce qu'elle permet d'embrasser dans une même exposition théorique, et de désigner des mêmes noms, les droits appartenant à une personne et les droits sans sujet ; elle n'a pas d'autre portée.

Les auteurs qui ont le plus nettement et le plus bruyamment rompu avec la personnification, Brinz par exemple, et Bekker, dont nous analyserons plus loin les idées, ne vont en réalité pas au delà de la doctrine ainsi émise. Ils se bornent à supprimer le mot personne. Ce n'est pas ici le lieu de discuter ces théories. Mais il résulte des observations que nous venons de présenter que le système de la fiction s'expose aux mêmes objections qu'elles, puisqu'en somme il n'en diffère pas. Il conduit notamment, comme elles, à la mainmise universelle de l'Etat sur les biens dont il s'agit, ces biens n'ayant pas de propriétaires réels.

9. 2° Une autre objection à faire au système se trouve dans l'impossibilité où l'on est de l'appliquer au droit public. La notion de personnalité s'est développée en droit romain uniquement sur le terrain du droit privé. Les jurisconsultes romains n'ont jamais employé le nom de personne pour désigner l'Etat en tant que sujet des droits de souveraineté. Pour eux, être une personne,

c'était seulement être capable de droits privés, tels que les droits patrimoniaux et les droits de famille. L'Etat était en dehors et au-dessus des personnes : et si à une époque plus ou moins tardive on l'a cousidéré comme une personne *en tant que fisc*, on ne l'a considéré que comme une personne de droit privé. On l'a, dans ce domaine, assimilé aux individus et on n'a nullement cherché à embrasser dans cette conception les droits de puissance publique qui lui appartiennent (1). Cette notion a été maintenue, au commencement du siècle dernier, par Savigny et son école, qui ont exercé, en France même, une si grande influence sur la théorie de la personnalité morale. Elle l'a été, en partie par fidélité aux idées romaines, en partie par des raisons d'un autre ordre. L'école ne répugnait pas alors, par réaction contre les excès révolutionnaires, à un retour vers des théories qui attribuaient la souveraineté, non à l'Etat, mais à la personne physique du prince. Elle pouvait donc, à la rigueur, considérer comme superflue la notion de personnalité morale en droit public, et se borner, pour séparer le patrimoine du prince du patrimoine de l'Etat, à conserver la notion de fisc, qui est une notion de droit privé (2).

Mais nous devons aujourd'hui élargir l'idée, et voir dans la notion de la personnalité une notion générale *commune au droit public et au droit privé* (3). Cela nous

(1) V. sur ces points les développements de Gierke, dans *Genossenschaftrsecht*, t. III, p. 34 et suiv.

(2) V. sur ces points les excellents développements de M. Ruffini : « La classificazione delle persone giuridiche » (dans les *Studii Francesco Schupfer*, 1898, p. 333 et s.).

(3) V. sur cette idée fondamentale : Bernatzik, dans *Archiv für öffentliches Recht*, t. V, p. 176 et suiv. — Cpr. : Beseler, *System*

est imposé par une nécessité logique. Tout droit doit être rattaché à un sujet capable de le posséder et de l'exercer, ou par lui-même ou par des représentants. Si cela est vrai du droit de propriété et des autres droits privés, cela est vrai aussi des droits de souveraineté qui appartiennent à l'Etat. L'idée de sujet de droit, c'est-à-dire de personne, est identique dans les deux domaines. Cela ne veut pas dire sans doute qu'il faille traiter la personne du droit public comme celle du droit privé, ni que les droits qui appartiennent à l'une soient de même nature que ceux qui appartiennent à l'autre, ni moins encore que tout être qui sera sujet de droit dans un de ces domaines sera nécessairement sujet dans l'autre. Telle n'est pas la portée de notre conception. Elle signifie simplement qu'un droit ne se conçoit pas sans sujet, et qu'en droit public aussi bien qu'en droit privé il importe de distinguer ce sujet de tout ce qu'on pourrait confondre avec lui. Il importe notamment d'affirmer que

des gemeinen deutschen Privatrechts (1873), p. 230 ; Gierke, passim ; Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich, als Gebiets Körperschaften*, p. 230 et suiv., p. 152 ; Meurer, *op cit.*, p. 111 et suiv. ; Jellinek, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, p. 12 et suiv. ; Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, t. II, p. 368 et suiv. Parmi les auteurs français, on pourrait en citer un grand nombre à commencer par Rousseau (*Contrat social*, I, VI), qui appliquent à l'Etat puissance publique l'idée de personnalité. V. notamment, parmi les modernes : Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 1 et suiv. : et la plupart des internationalistes. Mais ces auteurs n'ont pas eu, par la nature même de leurs études, à insister sur l'*unité* de la notion dans les deux domaines. Cette idée est au contraire indiquée avec précision par Hauriou, *Droit administratif*, 5e éd., p. 291 et s. (sur les restrictions qu'il y apporte, v. *infrà*, ch. III). V. aussi Sanlaville : « Personnalité du département » (dans *Revue générale d'administration*, 1899, 2, p. 138). Cpr. Ripert. « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion » (dans *Revue du Droit public*, t. XXII, p. 7).

l'Etat est une personne, titulaire des droits de souveraineté en même temps que de certains droits patrimoniaux.

10. Si l'on n'admet pas cela, en effet, comment concevra-t-on le droit public ? Devra-t-on déclarer que ces droits de souveraineté n'appartiennent à personne, qu'ils sont en quelque sorte placés au-dessus des personnes juridiques et les dominent ? Mais c'est là une interprétation qui blesse notre sens logique, nous éprouvons impérieusement le besoin de rattacher ces droits, comme tous les autres, à un sujet. Du reste cela est nécessaire pour faire entrer la théorie de la souveraineté dans le domaine du droit. Nous comprenons un ensemble de droits et d'obligations se rattachant à un sujet permanent tel que l'homme ou un groupe humain. Nous ne comprenons pas une souveraineté *in abstracto*, n'appartenant à personne, et ayant cependant des obligations (1). — Dira-t-on, au contraire, que les droits en question appartiennent, non à l'Etat, mais à l'individu qui les exerce ? C'est là une doctrine qui a été soutenue en Allemagne à une époque encore toute récente (2), mais que personne, croyons-nous, ne serait tenté de soutenir en France. Nous ne voulons pas en établir ici une discussion détaillée. Nous nous contenterons de faire remarquer que, de

(1) V. plus loin la discussion détaillée de cette idée à propos de l'ouvrage de M. Duguit (*infrà* nos 20 et s.). M. Duguit, pour soutenir son système a été amené à la négation absolue du droit de commander.

(2) Elle a été principalement soutenue par M. Max Seydel, dans ses *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre* (1873). Elle a trouvé depuis lors un certain nombre d'adhérents ; V. not. Lingg, *Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre* (1890). Contre cette théorie, v. notamment Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, p. 156 et s.



ce point de vue tout individualiste, il est impossible de justifier le droit de commander, et l'obéissance qu'un homme doit à un autre homme. On ne peut expliquer cela que par l'idée que ce dernier ne parle pas en son nom, mais au nom de la collectivité qu'il représente et qui a des droits supérieurs à ceux de l'individu isolé. Celle-ci est donc bien un sujet de droit, une personne. Ajoutons que le système contraire reviendrait, par une pente glissante, à l'idée de la réunion, dans la main de l'individu qui commande, des droits patrimoniaux et des droits de souveraineté; il nous ramènerait à la confusion du droit public et du droit privé et à la théorie de l'Etat patrimonial, qui, de l'aveu de tous, ne peut plus être celle des nations modernes.

11. Nous ferons observer d'ailleurs que la notion de personnalité publique de l'Etat peut seule lui conserver son unité. Seule, elle explique d'une manière satisfaisante la personnalité fiscale ou personnalité de droit privé, que tout le monde est d'accord pour lui attribuer. Elle permet de considérer l'Etat comme une personnalité unique, ayant à la fois des droits publics et des droits privés; une personnalité à double face, suivant une expression que nous avons déjà employée ailleurs (1). Dans tout autre système, on est obligé de considérer le fisc, ou la personne privée de l'Etat, comme quelque chose de distinct de l'Etat lui-même, comme une sorte de fondation faite par lui (2). Idée étrange assurément : le propre de

(1) V. notre article sur la *Responsabilité de l'Etat*, *Revue du Droit public*, n° de juillet-août 1895, t. IV, p. 1 et suiv.

(2) Cette idée de fondation pour expliquer l'existence du fisc est admise par beaucoup d'auteurs, même par quelques-uns de ceux qui acceptent l'idée de personnalité publique de l'Etat, par exem-

la fondation est de se détacher de la personne du fondateur et d'échapper, par cela même qu'elle existe, à sa libre disposition, au lieu que ce qui caractérise les deniers de l'Etat, c'est précisément d'être employés aux besoins généraux auxquels pourvoit l'Etat puissance publique. Il y a bien là une seule et même personne : le Trésor public est pour l'Etat ce qu'est pour un particulier son porte-monnaie ou son coffre-fort (1).

Il ne faut donc pas, comme on le fait trop couramment en France (2), réserver le mot de personnalité morale ou juridique au droit privé. C'est précisément pour cela que

ple Meurer, *op. cit.*, p. 116. V. au surplus l'exposé et les citations de cet auteur. — Cette idée est la seule qui puisse rendre compte de l'existence du fisc pour ceux qui restreignent la personnalité au droit privé. Elle n'en est pas moins insoutenable.

(1) Cette comparaison très juste a été faite par un grand nombre d'auteurs. Bähr, *der Rechtstaat*, p. 55. — Il est curieux de la trouver déjà dans les post-glossateurs, qui avaient construit une théorie de l'*universitas* embrassant à la fois les droits publics et les droits privés. V. le passage de Lucas de Penna, cité par Gierke (*Genossenschaftsrecht*. t. III, p. 360) : *fiscus et ærarium* (*quæ idem sunt*), *est pars ipsius reipublicæ, sicut fiscus meus, id est, saccus in quo responuntur pecuniola mea, est pars totius patrimonii.*

(2) C'est là l'opinion généralement admise en France, parce quelle est seule compatible avec la théorie de la fiction. Aussi était-ce celle de Savigny, *op. cit.*, p. 234. Nous la trouvons aujourd'hui admise notamment par M. Ducrocq (*Droit administratif*, 6e éd., t. II, n° 905, et article dans la *Revue générale du Droit*, 1894, p. 101). — Un auteur italien Giorgi (*La dottrina della persone giuridiche*, t. I, p. 52), prend ici une situation singulière. Il admet que les êtres moraux peuvent exercer des droits publics comme des droits privés ; mais pour se conformer à l'usage, il restreint le terme de personne juridique au seul droit privé : *non e un bel parlare esatto, ma e quello che corre.* — On a parfois exprimé cette idée que le fait d'admettre la personnalité publique de l'Etat est de nature à augmenter sa puissance. Nous la discuterons plus loin (V. ci-dessous, ch. III).

nous refusons d'employer le terme personne civile, qui contient implicitement cette restriction et qui par cela même éveille un préjugé contre l'unité de la notion. Nous considérons l'idée de personnalité morale comme aussi nécessaire en droit public qu'en droit privé; et cette idée, que les observations précédentes nous paraissent déjà suffire à fonder, trouvera sa confirmation dans les explications que nous donnerons plus loin sur les systèmes qui, comme celui de M. Duguit ou celui de M. Vareilles-Sommières, nient l'utilité de cette idée aussi bien dans l'un des domaines que dans l'autre.

12. Mais s'il en est ainsi, comment voir en la personnalité morale une fiction du législateur? Ce n'est pas la loi qui a créé l'Etat, ce n'est pas elle qui lui a conféré les droits éminents qui lui appartiennent, ni par conséquent sa personnalité. Celle-ci est une conséquence de l'existence même de l'Etat; que les juristes en aient ou non conscience au moment de sa formation, elle naît avec lui. La loi la suppose préexistante et ne fait que la réglementer et la limiter. Ce qui est vrai de l'Etat est vrai des autres groupes humains auxquels appartient la personnalité; plusieurs de ces groupements sont historiquement antérieurs à l'Etat, et la plupart ont une formation analogue à la sienne. Ils se sont constitués soit par la force même des choses, soit par la volonté de leurs membres. La loi n'est intervenue que pour réglementer (dans certains cas) les rapports juridiques qui leur donnent naissance, et ensuite les rapports juridiques du groupe une fois constitué. Elle les prend, comme elle prend tous les rapports humains, tels que les lui présente la réalité, et elle se borne à leur donner la formule légale la mieux appropriée à leur destination.

On a, il est vrai, essayé de distinguer à ce point de vue l'Etat des autres groupements humains. Savigny a nommé l'Etat une personne morale nécessaire (1) ; et le plus intrépide adversaire de la personnalité morale, Laurent lui-même (2), a accepté cette dénomination. Mais partisans et adversaires ont très bien vu, en général, qu'il y avait là une concession dangereuse pour le système de la fiction. Si une seule personne morale peut naître autrement que par la volonté de la loi, c'en est fait de la théorie (3).

13. 3° Nous touchons du reste ici à une autre objection fondamentale que l'on peut élever contre le système de la fiction. Il méconnaît le rôle que joue le législateur dans les rapports sociaux. Par lui-même le législateur ne crée rien. L'existence matérielle des rapports qu'il

(1) *Op. cit.*, p. 239.

(2) *Droit civil international*, t. IV, n° 73. Cpr. *Principes de droit civil*, t. I, p. 407. V. aussi Tissier, *Traité des dons et legs*, n° 91.

(3) D'un côté, M. Ducrocq (*Revue générale du Droit*, 1894, p. 101) et, dans un esprit diamétralement opposé, M. Van den Heuvel, *Assoc. sans but lucratif*, p. 57, ont tous deux insisté sur cette idée. C'est pour y échapper que M. Ducrocq cherche à démontrer que la personnalité morale de l'Etat a sa source dans les lois spéciales qui l'organisent et la réglementent. L'idée est admissible pour la personnalité de pur droit privé ; mais quelle est la loi qui a fait de l'Etat un être moral capable de légiférer et de se conférer à soi même le droit d'avoir un patrimoine ? — M. Boistel a insisté avec grande raison sur l'objection que nous formulons ici au système de la fiction : « L'Etat est précisément une de ces personnes morales dont il s'agit de justifier l'existence ; c'est la plus importante et la plus considérable de toutes ; et il est impossible qu'une explication soit admissible si les raisons données ne résolvent pas la partie la plus grave et la plus étendue du problème. » (*Conception des personnes morales*. Rapport présenté au Congrès international de philosophie tenu à Genève du 4 au 8 septembre 1904, p. 5).

réglemente échappe à ses prises. Il peut seulement considérer certains rapports comme illicites, et les prohiber; par là il en empêche indirectement la naissance ; mais s'ils naissent malgré sa prohibition, il ne peut que les punir, il ne peut les empêcher d'exister (1). Si des particuliers se réunissent pour affecter à perpétuité certains biens à un but qui leur est commun, le législateur peut prohiber ce groupement, le faire tomber sous le coup de la loi pénale, donner à l'Administration le pouvoir de le dissoudre. Il ne dépend pas de lui que les associés aient eu en vue autre chose que ce qu'ils ont voulu : l'affectation de certains biens à un but déterminé. S'il considère le groupement comme licite, sa tâche doit être de donner aux rapports créés par lui la formule qui exprime le plus exactement leur réalité intrinsèque.

Or la loi est infidèle à cette mission quand elle se refuse — arbitrairement, ou uniquement parce qu'elle n'a pas de sympathie pour l'objet, du reste licite, que se proposent les associés, — à considérer comme un sujet de droit le groupement qui, dans la pensée de ses membres, a son avoir propre et des intérêts distincts des intérêts individuels. Cette manière d'envisager l'association ne constitue point une fiction. Ce qui est fictif au contraire, ce qui est arbitraire et artificiel, c'est de déclarer que les parties restent copropriétaires de l'avoir social, alors qu'elles ne veulent pas l'être (2). Voici par exem-

(1) Cpr. Hauriou, *Leçons sur le mouvement social*, 2e Append., p. 161.

(2) M. Vauthier, *Etudes sur les personnes morales*, p. 385, opposant l'une à l'autre, la conception de l'*universitas* romaine, et notre théorie actuelle des associations non personnifiées déclare que la première était plus profonde et plus juste : « Les grands légistes de l'ancienne Rome avaient admis qu'un certain nombre

ple, dans notre régime antérieur à la loi du 1er juillet 1901 (1), une société savante approuvée par le Préfet (ce qui la mettait en règle avec les lois sur les associations), mais non reconnue comme établissement d'utilité publique. Cette société a un budget, formé principalement ou exclusivement des cotisations de ses membres. A qui appartiennent les fonds qui y figurent ? Les associés ne les considèrent point comme leur propriété ; il ont eu en vue de les affecter définitivement à leur œuvre collective. S'ils ont fait sur ces fonds quelques économies, et s'ils cherchent à les placer, les voici obligés de prendre un détour. Acheter un titre de rente ou des obligations de chemins de fer au nom de l'association, c'est impossible en droit ; celle-ci n'existe pas. Les acheter au nom de chaque associé individuellement, et en faire leur copropriété, c'est impossible en fait ; ils sont trop nombreux ; et puis cela est plein de dangers pour l'avenir, et ne répond point au but qu'ils se proposent. Que feront-ils donc le plus souvent ? C'est un membre de l'association qui achètera les titres en son nom, et qui en restera le dépositaire ; l'association ne paraîtra point, ce sera son trésorier qui sera titulaire du

d'individus, en confondant leurs intérêts, en réunissant leurs volontés, constituent par cela seul un groupe capable de faire valoir ses droits (Remarquons en passant que ce point est contesté ; nous ne pouvons l'examiner incidemment). A cette conception nous en opposons une autre, selon laquelle une association d'êtres humains reste une agglomération informe et impuissante, à moins qu'un décret de l'autorité ne l'appelle à l'existence juridique ». M. Vauthier considère cette dernière conception comme rendue nécessaire par un motif politique (la crainte des empiètements de l'Eglise), mais comme juridiquement inférieure à l'autre.

(1) La loi du 1er juillet 1901 échappe en partie aux reproches que nous adressons ici à la législation antérieure. V. *infrà*, ch. IV.

droit, sauf à lui en tenir compte. Et sans doute elle peut vivre sous ce régime, vivre d'une vie précaire et toujours menacée. Mais n'est-ce pas là que se trouve la fiction, et non pas dans l'idée que l'association elle-même est propriétaire ? (1)

Que l'on suppose maintenant cette association sollicitant et obtenant, après une certaine durée d'existence, la qualité d'établissement d'utilité publique. Qu'y a-t-il de changé dans sa situation ? Les parties ont simplement obtenu qu'on réglât leurs relations conformément au but qu'elles se proposaient. Ce but n'a pas changé ; les moyens employés non plus ; les membres sont restés les mêmes ; les statuts n'ont pas été modifiés ; c'est bien la

(1) C'est cependant cette pratique régularisée et admise comme un droit, qui a permis aux Anglais de développer sous le nom de *trust* des œuvres désintéressées très importantes. V. l'art. précité de M. Maitland, dans *Grünhut's Zeitschrif*, 1904 (t. 32), notamment, p. 42 et suiv. Nous ne nions pas que ce ne soit chose possible ; mais nous croyons que c'est une traduction juridique peu exacte de la réalité, et que ce système compliqué ne se serait jamais implanté si l'idée plus simple de personnalité morale n'avait pas trouvé devant elle des obstacles artificiels. Il est à remarquer d'ailleurs que ce régime est en fait rapproché par la pratique anglaise de celui de la personnalité morale, puisque la destination des biens est énergiquement protégée par voie indirecte. M. Maitland lui-même montre mieux que tout autre que, si ce régime a pu permettre de vivre à des associations considérables (Inns of Courts, Jockey Club, Bourse de Londres), qui n'ont pas éprouvé le besoin de se faire incorporer, ou qui même ont redouté l'incorporation (grâce à laquelle elles auraient eu la qualité de personnes morales), il constitue cependant un régime très artificiel. En réalité il n'a pu se développer que grâce à la bonne volonté des juges anglais qui ont toujours refusé de regarder ce qu'il y avait sous l'*enveloppe* ou derrière le *rempart* du trust ; et il faut porter la réussite du système au compte de l'esprit libéral de la race anglo-saxonne.

même individualité juridique, qui était restée jusqu'alors à l'état latent, et qui obtient désormais sa place au soleil. Elle est si peu créée par la loi que la jurisprudence, interprète de la loi, exige pour la reconnaître qu'elle ait déjà un certain temps d'existence (1), et que, même pendant cette période embryonnaire, on a été impuissant à lui créer un régime juridique dans lequel l'idée de personnalité n'apparaisse pas par quelque côté (2).

(1) On sait qu'en principe la jurisprudence du Conseil d'Etat n'admet la reconnaissance d'utilité publique que lorsque l'établissement qui la sollicite justifie des ressources nécessaires et a déjà fonctionné en fait pendant une durée de trois ans. Elle n'admet d'exceptions à cette règle que dans certains cas qui lui paraissent particulièrement dignes de faveur (V. les notes de jurisprudence administrative du Conseil d'Etat publiés par MM. Raynaud et Lagrange, 1899, p. 175 et 184).

(2) Pour certaines associations non reconnues mais qui ont un but d'intérêt général (sociétés de tir, sociétés de courses, comices agricoles, associations protectrices de l'enfance), la jurisprudence avait fini par reconnaître l'existence d'une sorte de demi-personnalité, qu'elle qualifiait *d'individualité juridique*, et qui leur permettait du moins d'ester en justice. V. note sous Cass., 30 janvier 1878. S. 78. 1. 21.. et Cass.. 25 mai 1887. D. 87. 1. 289. S. 88,1. 162. V. aussi Tissier, *Dons et legs*, n° 42. La Cour de Dijon avait appliqué cette doctrine à une association de pêcheurs à la ligne, ce qui marquait une tendance, sinon à généraliser la solution, du moins à admettre facilement qu'il existait un but d'intérêt général (Dijon 15 mars 1899. D. 99. 2. 200. V. aussi Besançon, 29 mars 1899. D. 1900, 2. 401, note de M. Planiol. Tribunal de Narbonne, 3 janvier 1901. *Revue des sociétés*, 1901, p. 289 (applique cette doctrine à un cercle). Il semble que la différence pratique entre cette *individualité* et la *personnalité* ne consistait guère que dans l'impossibilité de recevoir des dons et legs. Au reste la jurisprudence n'a jamais admis l'extension de cette individualité à toutes les associations. V. Limoges, 22 janvier 1900. D 1902.2, 422. — Même pour les associations ne jouissant pas de cette faveur et notamment pour les congrégations religieuses, la jurisprudence a souvent admis l'existence

14. Aussi, il suffit du regard le plus superficiel jeté sur l'histoire, pour se rendre compte que l'existence des personnes morales a toujours échappé aux prises du législateur. Il a pu les méconnaître temporairement, refuser d'en tenir compte, les poursuivre même comme des ennemies. Jamais il n'a pu les faire disparaître d'une manière absolue. Invinciblement elles revenaient à la vie, parce qu'elles correspondaient à un besoin de l'état social. Il est vraiment étonnant que cette leçon d'histoire ait été si mal comprise, et qu'on l'ait même parfois interprétée à rebours. Un auteur, avant de raconter, dans un ouvrage d'ailleurs très remarquable, la destruction de tous les corps et communautés par nos Assemblées révolutionnaires, fait l'observation suivante: « Cette page de notre histoire comporte un enseignement : elle montre combien l'existence des personnes morales est artificielle et contingente, puisque le jour où elle cesse de paraître utile et où elle pourrait devenir dangereuse, l'Etat les anéantit et s'empare de leurs biens » (1). On dirait vraiment que ces lignes ont été

d'une *société de fait* dont l'existence produit certains effets juridiques. Par exemple l'associé qui a acquis pour le compte de l'association, ni ses héritiers, ne peuvent revendiquer le bien acquis comme leur appartenant en propre. Req. 1er juin 1869. D. 69. 1. 313. — Civ. Cass., 30 mai 1870. D. 70. 1. 277. — Montpellier, 17 avril 1893. D. 94. 2. 329. — Les libéralités qui sont faites aux membres sont annulées comme faites à la congrégation par personne interposée, ce qui suppose l'existence latente d'une personnalité morale, etc. (v. la critique de ce système dans la note de M. Beudant. D. 79. 2. 225; mais le système qu'il y substitue n'échappe pas lui-même à tout reproche de ce genre). — Enfin la loi reconnaît depuis longtemps l'existence des congrégations au point de vue *fiscal*. V. p. ex. Req. 21 nov. 1898. D. 99. 1. 41.

(2) Tissier, *Dons et legs*, n° 18.

écrites en l'an III, au moment où la Révolution venait d'achever son œuvre de destruction. Même à cette date, elles eussent été inexactes, car la personnalité des communes tout au moins avait résisté à l'épreuve. Ecrites deux ans plus tard elles eussent déjà reçu des événements un démenti complet, car le législateur avait déjà rappelé à la vie quelques-unes des personnes qu'il avait essayé de supprimer (1). Et comment ne pas voir que le XIXe siècle a reconstitué autant de personnes juridiques, et plus sans doute, que la Révolution n'en avait détruit ? L'œuvre du législateur a été inefficace parce qu'il n'a pas eu conscience de son vrai rôle. Tout-puissant en la forme, il est toujours obligé de revenir tôt ou tard à une saine interprétation des rapports sociaux, quand il s'est trompé sur leur compte.

15. Nous ne voulons pas dire par là, bien entendu, que le législateur soit obligé de reconnaître la personnalité morale à tout groupement qui a la prétention de l'obtenir. Nous admettons d'abord, ce qui est l'évidence même, qu'il est compétent pour déclarer le groupement illicite, et qu'il peut dans ce cas user des moyens qui sont en son pouvoir pour l'empêcher de se former. Nous admettons aussi qu'il peut, même en considérant le groupement comme licite, refuser de lui reconnaître la personnalité, à titre de mesure de police, afin de l'empêcher d'arriver à un développement qui pourrait devenir un danger pour l'ordre public. Nous croyons que de sa part cette mesure n'est ni très digne, ni très fran-

(1) Loi du 16 vendémiaire an V, et du 29 pluviôse an V, prescrivant que les hospices reprendraient la propriété de leurs biens non vendus, et réorganisant leurs commissions administratives.— Loi du 7 frimaire an V, créant les bureaux de bienfaisance.



che (1) ; mais elle ne dépasse pas ses pouvoirs ; et il est possible que dans certains cas elle constitue une demi-mesure assez opportune. Ce que nous demandons, c'est que le législateur se rende bien compte de la qualité en laquelle il agit. En faisant cela, il ne remplit plus sa mission normale d'interprète du droit ; il intervient à titre de pouvoir de police pour empêcher, pour gêner tout au moins l'une des manifestations de la vie sociale, et non pour l'interpréter.

Nous devons ajouter que l'Etat n'a pas seulement dans les sociétés humaines le rôle de législateur. Il est lui-même, comme nous l'avons dit plus haut, une personne morale ayant à la fois des droits publics et des droits privés. Comme tel, il peut avoir dans la naissance de la personne morale un rôle plus actif que celui dont nous venons de parler. Comme législateur, il se borne à la reconnaître. Comme personne morale déjà existante, il peut participer à sa création soit en jouant à son égard le rôle de fondateur (c'est ce qu'il fait quand il crée un établissement public), soit en entrant lui-même à titre d'associé dans le groupement qui la constitue. D'autre part, étant chargé des intérêts généraux de la société, l'Etat peut provoquer entre les particuliers la formation de ce groupement ; il peut le faire, soit par voie d'encouragement, soit au besoin par voie de contrainte. Mais

(1) Cpr. Dans le même sens la note de M.Lyon-Caen dans *Sirey*, 95. 1. 65. — Hauriou, *Droit administratif*, p. 124, et *Leçons sur le mouvement social*, p. 161. — Cette manière de voir n'exclut pas la possibilité d'établir certaines *limitations* de capacité à l'encontre des associations dont le développement exagéré pourrait devenir dangereux. V. d'ailleurs *infrà*, nos 56 et s., où se trouve un exposé plus complet de ce que doit être, suivant nous, le rôle de l'Etat en cette matière.

ces divers modes de son activité ne doivent pas être confondus avec la mission qui lui incombe lorsqu'il se trouve en présence d'un groupement formé en dehors de lui. Dans ce dernier cas, il doit en principe se borner à donner aux faits leur interprétation juridique, et les mesures de prohibition qu'il peut introduire dans la loi doivent toujours se justifier par des motifs spéciaux.

Nous dirons donc volontiers, avec un économiste, et comme conclusion pratique des observations précédentes : « Au lieu de se demander : la loi doit-elle reconnaître aux corporations le droit de posséder : il faut au contraire se demander : y a-t-il des raisons impérieuses pour que la loi restreigne ou même annule ce droit de posséder collectivement ? » (1). La question ainsi posée reste entière et nous réservons au législateur tous ses droits. Mais nous ne voulons pas qu'on renverse la question et qu'on présente comme le droit commun ce qui n'est que l'exercice, exceptionnel de sa nature, d'un pouvoir de police ;

15 *bis* 4° Signalons encore un point, d'importance capitale, sur lequel le vice du système de la fiction se montre à découvert par les conséquences auxquelles il conduit. Dans ce système, la personne morale, unité idéale et fictive, est absolument indépendante des personnes physiques qui la manifestent à l'extérieur. Non seulement elle est quelque chose de plus que la collection de ces personnes (idée que tout le monde doit admettre, bien que certains systèmes ne lui fassent pas suffisamment sa

(1) Opinion exprimée par M. Horn, à la Société d'économie politique en 1861. — *Journal des Economistes*, t. XXX, 1861, p 469 et suiv.



part), mais elle est placée en quelque sorte en dehors de ces personnes, et celles-ci sont traitées comme lui étant tout à fait étrangères. Dans les rapports juridiques qu'ils peuvent avoir avec elle, ses membres sont donc des tiers. Ont-ils droit à jouir personnellement d'une part de ses biens, à recueillir certains fruits sur les immeubles qui lui appartiennent? On traitera leur droit comme un droit sur la chose d'autrui. Sont-ils tenus envers elle à certaines prestations? On ne fera pas de différence entre celles qu'ils doivent en tant que membres du groupe et celles que doivent des tiers, ou qu'eux-mêmes peuvent devoir pour d'autres motifs. Agissent-ils au nom du groupe? On les traitera comme s'ils représentaient un tiers, et on comparera la personne morale à un pupille représenté par son tuteur. La personne morale pourra disparaître sans leur volonté, et continuer de vivre malgré leur volonté contraire ; si elle disparaît, on les considérera comme absolument étrangers aux biens qu'elle laisse, ceux-ci seront regardés comme vacants. Toutes ces conséquences découlent naturellement du système de la fiction. Elles sont cependant, pour une bonne part, si contraires à la réalité, que sur beaucoup de points la pratique a dû les abandonner (1). C'est qu'en faisant

(1) Ex. : On admet très généralement en France la personnalité des sociétés de commerce ; elle n'est plus contestée en pratique. On est bien obligé pourtant de ne pas considérer comme vacant le patrimoine de la société quand celle ci disparaît. Comment justifier, du point de vue de la fiction, le partage des biens entre les associés ?

Les droits des habitants sur les biens communaux, p. ex. les droits d'affouage ne peuvent du point de vue de la fiction être considérés que comme des droits sur la chose d'autrui. Mais l'idée est si manifestement insuffisante que beaucoup d'auteurs l'ont abandonnée (V. *Rep. Dalloz*, V° Forêts, n° 1765).

ainsi abstraction des personnes physiques qui composent la personne morale, on oublie l'élément principal du problème et on le simplifie outre mesure. Aucune personne morale ne se conçoit sans les membres physiques qui forment en quelque sorte son corps. On doit donc chercher une théorie qui maintienne l'unité de la personne morale, mais sans perdre de vue que c'est une unité complexe, et que les personnes physiques qui la composent ne sont pas pour elle des tiers. Elle est une unité, mais elle est aussi une collectivité ; et on en aura une idée insuffisante si on se borne à l'envisager au premier point de vue (1).

Ce n'est point encore ici le lieu d'essayer une construction juridique qui concilie les deux idées : notre but dans les explications précédentes était uniquement de

La jurisprudence a admis la responsabilité de la personne morale pour la faute de ses représentants beaucoup plus largement que ne le comporterait la théorie normale de la représentation d'une personne par une autre (V. notre article sur la *Responsabilité de l'Etat*, *Revue du Droit public*, n° de mai-juin 1895, t. III, p. 408 et suiv.).

Enfin nous croyons qu'en droit public il est impossible de se rendre un compte exact des rapports entre l'individu et l'Etat si on les traite comme deux tiers absolument étrangers l'un à l'autre. Mais cette idée est trop complexe pour que nous puissions ici la développer incidemment. C'est seulement dans la seconde partie de cet ouvrage, en étudiant la vie intérieure des personnes morales, que nous pourrons insister sur ces divers points.

(1) C'est un des mérites de l'école dite germaniste (dont nous sommes loin, comme on le verra, d'accepter toutes les conclusions), d'avoir insisté sur ces idées. V. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, notamment p. 174 et suiv., et Preuss. *Gemeindes Staat Reich.*, p. 166 et suiv. Nous nous réservons de discuter plus tard leur point de vue.

montrer l'insuffisance pratique du système de la fiction. Nous verrons plus loin comment on doit y suppléer.

II

16. Si l'on rejette ce système, et si on conserve comme point de départ l'axiome que l'homme seul est une personne, on est amené à nier complètement l'existence et la nécessité des personnes morales. Pour expliquer la situation juridique des biens qui forment leur patrimoine et des droits qui sont exercés par leurs représentants, il reste deux voies ouvertes : on peut considérer ces biens et ces droits comme n'appartenant à personne ; on peut les considérer comme appartenant aux individus qui composent l'être moral.

17. 1° La première voie est celle où se sont engagés, à la suite de Brinz et de Bekker (1), les partisans de la théorie des droits sans sujet. Les Romains, nous dit Brinz (2), ne disent point : La cité *est* une personne, mais seulement : la cité *tient la place*, d'une personne avouant par là qu'elle n'en est pas une. Dans leur division des personnes, il n'y a ni personne morale, ni personne fictive, mais uniquement des hommes, c'est seulement dans leur division des choses que nous voyons appa-

(1) Brinz, *Pandekten*, § 59 et suiv. § 432 et suiv. (3e éd., t. I, p. 222 et suiv. t. III, p. 453 et suiv.) ; Bekker. *Zum Lehre von Rechtssubject*, dans *Jahrbücher für die Dogmatik* [1873] t. XII, p. 1 et suiv. ; Demelius, *Jahrb. fur Dogmatik*, t. IV, p. 113 et suiv. Parmi les auteurs plus récents, on peut citer comme se rattachant presque entièrement à cette théorie. Rumelin, *Methodisches über juristische Personen* (*Prog. zur Feier des Geburtsfestes des Grossherzoges Friedrichs*. Fribourg-en-Br., 1891).

(2) *Op. cit.*, t. I, p. 224 (§ 60).

raître ce que nous appelons aujourd'hui les personnes juridiques. Les Romains ne procèdent donc pas en créant une seconde catégorie de personnes; ils se bornent à dire que certaines choses, bien que soumises au droit n'appartiennent cependant à personne, sont *res nullius*. Les modifications que les modernes ont introduites dans cette conception ne sont nullement un progrès, car dire que l'Etat et les Villes sont des personnes, cela est bien permis à la fantaisie, mais non à la science. Les modernes n'ont fait en somme qu'introduire dans le langage juridique une métaphore populaire ; et c'est ensuite pour justifier cette métaphore, qu'ils ont posé l'axiome : sans une personne, pas de patrimoine. Ce principe, une fois admis, les a entraînés, soit à recourir à la création d'une personne fictive, soit à essayer de démontrer la réalité de la personne morale. Toutes ces tentatives sont vaines. Il n'est pas besoin de se mettre en frais de recherches pour trouver la personne. Un bien peut, non pas seulement appartenir à quelqu'un, mais aussi appartenir à quelque chose, à un but, qui n'est pas pour cela une personne. Le patrimoine de la personne morale est en réalité le patrimoine du but (Zweckvermögen). Cette idée de but se trouve dans les *Universitates*, telles que l'Etat. les Communes et les Corporations, comme elle se trouve dans les fondations, et notamment dans les *piae causae*. Seulement dans ces dernières, il est plus visible que le patrimoine est dominé exclusivement par le but ; pour les premières c'est l'*Universitas* elle-même, Etat, Commune ou Corporation, qui forme le but auquel le patrimoine est affecté. C'est ce but que les conceptions courantes ont personnifié, en rattachant la personnification à ce qu'il y avait en lui de plus visible : la Ville, le Dieu,

la Corporation ; et quelquefois en la rattachant au bien lui-même : le Temple, l'Eglise, l'Hôpital, le Fisc. Plus la fantaisie s'est donnée sur ce point libre carrière, plus il est nécessaire de s'en tenir à la réalité, c'est-à-dire, à la notion de patrimoine sans maître, simplement affecté à un but.

18 Bekker a rendu cette théorie plus subtile et plus fine en creusant, au point de vue philosophique, la notion de sujet de droit. On peut, dit-il (1), avoir à l'égard d'un droit deux situations acquises très distinctes : la disposition et la jouissance (2). La disposition, c'est le droit de se comporter en maître, de défendre la chose en justice, de l'administrer, etc. ; la jouissance, c'est le droit de jouir matériellement des avantages qu'elle procure. Ces deux situations sont souvent séparées ; la première ne peut appartenir qu'à un être doué de volonté ; la seconde peut appartenir non seulement à un homme incapable de vouloir, tel qu'un fou ou un infans, mais même à un animal ou à une chose inerte. On peut donc disposer au profit d'un animal ou d'une chose, à condition de pourvoir à l'administration du bien donné ; car l'animal et la chose ne peuvent avoir que la *Genuss* et non la *Verfügung*. Sont-ils de véritables sujets de droit? Bekker

(1) *Op. cit.*, p. 1 et suiv. V. pour la discussion du système de Bekker, Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, t. II, nos 163 et suiv. M. Max Schwab a poussé à son extrême limite l'idée émise par Bekker et a soutenu que le sujet du droit était celui auquel la loi reconnaissait le droit à la *jouissance* de l'objet (*Genuss*) (*Rechtssubjekt und Nutzbefugniss*. Bâle 1901, p. 41 et s.). Il en conclut que l'homme seul est sujet de droit. Pourquoi pas l'animal ? Parce que les lois sur la protection des animaux n'appartiennent pas au droit privé (*eod.* l. p. 50). Réponse insuffisante.

(2) On peut traduire ainsi les mots *Genuss* et *Verfügung* qu'emploie l'auteur.

déclare que cela importe en somme assez peu et il se défend de les personnifier ; il se borne à dire : la chose, l'animal peuvent jouir ; et le Droit, dans certaines limites, doit admettre les dispositions en leur faveur, bien qu'il soit en principe fait pour l'homme, parce qu'au fond, ce qu'il protège dans ces dispositions, c'est bien la volonté humaine ; et celle-ci est digne de protection toutes les fois qu'elle n'est pas *contra bonos mores*.

19. L'objection le plus souvent opposée à ces théories, c'est que la notion de droit sans sujet implique contradiction. Cette objection est évidemment fondée de la part de ceux qui définissent le droit subjectif : un pouvoir attribué à une volonté, et qui voient dans l'être à qui cette volonté appartient, ou dans la volonté elle-même, le véritable sujet du droit. Il est clair qu'avec cette définition ce dernier ne peut se concevoir sans une volonté dont il dépende, par conséquent sans sujet. Mais nous chercherons à démontrer plus loin que la définition est incomplète, et que si un droit suppose une volonté qui l'exerce, cette volonté n'appartient pas nécessairement au sujet. Dans cette opinion l'objection est moins évidente ; elle subsiste cependant : si le fondement du droit n'est pas dans la volonté, il est dans l'intérêt même qui est protégé sous le nom de droit subjectif, intérêt qui ne peut être qu'un intérêt humain. Dans ce système l'existence d'un sujet reste logiquement nécessaire, parce qu'un intérêt suppose un intéressé (1).

Sans insister pour le moment sur ce point (qui ne

(1) Remarquons que la question n'est pas de savoir si on peut *concevoir* un droit séparé de son sujet, s'il peut en être *abstrait* par la pensée, mais de savoir s'il peut avoir une *existence réelle* sans un sujet auquel il appartienne.



pourra être bien compris que lorsque nous développerons notre théorie) nous devons faire remarquer dès à présent le côté dangereux de la théorie des droits sans sujet. M. Vauthier l'a qualifiée d'inquiétante (1), en observant que si le droit se rattache à son but, et non à l'homme lui-même, celui-ci pourra être dépossédé au profit du but et que c'est là une tendance purement socialiste. Ainsi présentée, la critique nous paraît exagérée. Car les auteurs de la théorie ne prétendent pas l'appliquer à toute espèce de biens. Elle n'est pour eux qu'une explication juridique des biens appartenant aux personnes morales : ils n'y soumettent pas ceux qui appartiennent aux personnes physiques. A côté du *pertinere ad aliquid*, Brinz admet le *pertinere ad aliquem* ; il ne renonce donc nullement aux droits individuels. Le danger de la théorie, bien que plus restreint, n'en est pas moins réel. Comme la doctrine de la personne fictive, et plus qu'elle encore, parce qu'elle écarte le voile qui masquait les conséquences du système, elle laisse les droits dont il s'agit (ceux des personnes morales) dans une situation toute précaire. S'il n'y a pas de sujet, *d'ayant droit*, qui l'Etat trouvera-t-il en face de lui pour les défendre ? J'entends bien qu'il y a le but, et que l'Etat ne pourra s'emparer des biens qu'à la condition de conserver leur affectation. Mais du moment qu'aucune personne, autre que lui-même, ne tend à atteindre le but, qui l'empêchera d'y renoncer et d'employer les biens à tout autre objet? C'est lui dans ce système, qui reste le maître souverain de l'affectation ; les personnes physiques qui ont créé le patrimoine de la

(1) *Op. cit.*, p. 275, note 2.

personne morale, qui l'ont développé, qui ont proposé ce but à son activité, sont purement et simplement évincées, mises de côté comme si elles n'existaient pas. Le lien entre le droit et les personnes se trouve rompu. Il y a d'un côté des droits sans sujet, un patrimoine sans maître, dont l'Etat pourra s'emparer sans que personne puisse élever une contradiction légitime ; de l'autre une corporation sans patrimoine, un ensemble de personnes dont l'immixtion dans l'administration des biens ne sera tolérée par l'Etat qu'autant qu'il la jugera utile. C'est la mainmise de l'Etat sur tous les patrimoines ayant une destination supérieure à l'utilité particulière de l'individu : c'est le monopole de l'Etat pour tout objet d'utilité générale, ou même collective (1).

20. 2° Les théories dont nous venons de parler ne se préoccupent que du droit privé. Dans un ouvrage des plus remarquables (2), notre collègue, M. Duguit, a résolument porté la question sur un terrain plus large, il a

(1) Remarquons que l'arbitraire de l'Etat, dans ce système est absolu. Il peut créer, comme il peut supprimer, les patrimoines sans maître par sa seule volonté. Il suffit qu'il leur assigne un but, et théoriquement ce but peut être aussi étranger que possible à tout intérêt humain. Bekker nous parle des droits que l'on peut attribuer au chien Tiras et à la chienne Bellone, Rümelin de ceux que l'on peut attribuer au chiffre 1891. Le danger de créations pareilles est sans doute pratiquement nul. Mais leur simple possibilité théorique suffit à faire douter du système. – Au fond d'ailleurs la théorie des droits sans sujet ne fait que substituer à la fiction traditionnelle une fiction nouvelle ; car après avoir proclamé la possibilité de droits sans sujets elle est obligée de rattacher ses droits *à quelque chose*, de les considérer comme *appartenant* à ce quelque chose, et ce ne peut être là qu'une fiction. Cpr. Bierling, *op. cit*, n° 168.

(1) Léon Duguit, *Etudes de droit public*, I. *L'État, le droit objectif et la loi positive*. II, *L'Etat, les gouvernements et les agents*.

nié l'utilité de la personnalité morale, et par là nié la nécessité de relier les droits à des sujets, tant en droit public qu'en droit privé. Sa thèse, qui a déjà rencontré un certain nombre d'adhérents (1), et qui laissera certainement une trace importante dans notre littérature juridique, déborde d'ailleurs de beaucoup le cadre de notre ouvrage. Elle a sa base en effet dans une philosophie générale du droit, que l'auteur fonde sur l'idée de solidarité, et sur une théorie nouvelle des relations entre gouvernants et gouvernés. Il nous est impossible ici de la discuter d'une manière complète. Il est cependant essentiel de l'apprécier dans ses grandes lignes.

Tout ce que l'observation sociale nous révèle, dit M. Duguit, c'est, d'une part, l'existence de la *solidarité* sociale, d'où découle des règles de droit objectif auxquelles tout individu doit se conformer, d'autre part, l'existence de *volontés individuelles*, qui ont droit à se réaliser quand elles sont conformes à ces règles de droit objectif, qui n'y ont aucun droit dans le cas contraire. Il est inexact de concevoir suivant la notion courante, le droit subjectif comme un rapport entre deux *sujets*. C'est simplement un pouvoir appartenant à une volonté quand elle est conforme à la règle de droit. Le mot *droit subiectif* doit d'ailleurs être évité et remplacé par le terme de *situation juridique subjective* qui a l'avantage de ne pas éveiller l'idée de rapport entre deux sujets.

Ceci posé, la notion de personnalité morale — comme d'ailleurs beaucoup d'autres notions juridiques courantes — devient tout à fait inutile. Si la volonté

(1) Notamment M. Jèze. *Les principes généraux du droit administratif* (Extrait de la *Revue générale d'administration*), 1904.



des représentants d'un groupe produit des effets plus étendus que la volonté d'un individu ordinaire, ce n'est pas à raison de la personnalité du groupe, c'est parce qu'il est *conforme à la règle de droit* que ces effets plus étendus se produisent. Spécialement, l'Etat ne doit pas être considéré comme une personne morale ; l'envisager ainsi, c'est tomber dans l'abstraction et la fiction ; en réalité l'Etat n'a aucune existence réelle ; il n'existe que des gouvernants et des gouvernés, les premiers se distinguant des seconds uniquement parce qu'ils sont les plus forts. Il en résulte que la volonté des gouvernants n'a pas, par elle-même, plus de valeur que celle des gouvernés ; si elle produit des effets plus étendus, c'est parce qu'il est conforme à la règle de droit que ces effets se produisent : cette volonté, étant déterminée par un but social, doit produire des effets sociaux, et par exemple engager dans l'avenir non seulement la personne même qui l'a manifestée mais encore ceux qui la remplaceront dans ses fonctions. Le pouvoir d'imposer cette volonté par contrainte s'explique encore plus simplement sans qu'il soit besoin de recourir à la notion de souveraineté appartenant à une personne morale ; ce pouvoir n'est qu'un pouvoir *de fait*, résultant de ce que les gouvernants *sont les plus forts* ; il n'est légitime que lorsqu'il agit conformément au droit objectif.

21. Sans discuter à fond les idées fondamentales de cette théorie, ce qui nous conduirait à présenter, à l'exemple de l'auteur, toute une philosophie du droit, nous nous bornerons à indiquer deux points sur lesquels elle nous paraît inacceptable. Nous ferons observer tout d'abord qu'elle a pour point de départ le désir avoué de bannir du droit tout ce qui est fiction ou abstraction et

de s'en tenir à la simple observation des faits. L'auteur ne cesse de revenir sur cette idée, et s'il rejette la notion de personnalité, ce n'est pas tant parce qu'il la juge inutile, que parce qu'il la juge artificielle : « Nous croyons naïvement, dit-il (1), que c'est un roi, un empereur, un parlement, une majorité, qui veulent et commandent. Erreur ! les faits ne sont rien ; les juristes sont au-dessus d'eux, ils n'ont point à en tenir compte ; ils vivent dans un monde qui leur est propre, dans une sphère inaccessible aux profanes ; le monde extérieur n'est rien ; les juristes ne connaissent que le monde des juristes.... Essayons donc de nous débarrasser une fois pour toutes de ces fantômes, de ces abstractions, de prendre les choses comme elles sont, et de voir ensuite quelles conséquences juridiques on peut et on doit en tirer. Adoptons les théories juridiques aux faits et non pas les faits aux théories juridiques ».

Nous ne croyons pas nous tromper en croyant que le livre de M. Duguit est en grande partie inspiré directement par cette devise, et en ajoutant que le succès de ses idées lui est dû pour une grosse part. Et en vérité c'est une tendance très louable que de chercher dans nos théories juridiques à diminuer la part d'abstraction et de fiction, et à serrer d'aussi près que possible la réalité. Mais il importe de se rendre compte que l'abstraction ne disparaîtra jamais de notre science : une théorie juridique ne peut pas ne pas abstraire, c'est de son eesence même. Une théorie juridique est un produit de notre esprit, par laquelle nous cherchons à classer les faits de la vie réelle, pour déterminer à quelle règle

(1) T. I, p. 240-241.

générale ils seront soumis. Or, pour cela, nous sommes bien obligés d'employer des formules abstraites, saisissant dans les faits les caractères généraux qui les rapprochent et permettent de les grouper. Ce sont ces caractères communs qui nous fournissent les concepts juridiques, tels que ceux de personne, de droit subjectif, d'obligation, etc., sur lesquels nous opérons (1).

Il serait facile de démontrer que M. Duguit n'échappe pas plus qu'un autre à cette nécessité. A la notion d'Etat. par exemple, il substitue la notion de gouvernants et de gouvernés. C'est là substituer simplement une abstraction à une autre abstraction ; car, dans la réalité des choses, les gouvernants ne sont pas distincts des gouvernés comme il l'imagine ; nous sommes tous à la fois l'un et l'autre, et il faut un effort d'abstraction pour nous considérer suivant les cas, tantôt à un point de vue, tantôt à l'autre. La vraie question n'est donc pas de savoir si l'idée de personnalité morale est une abstraction (elle l'est certainement, mais pas plus que toute autre idée juridique), mais si cette abstraction répond mieux aux besoins de la technique juridique que celle qu'on propose de lui substituer.

22. Or, la technique que nous offre M. Duguit nous paraît évidemment insuffisante. Elle ramène tous les phénomènes de la vie juridique à des actes de volonté individuelle subordonnés à une règle de droit, et cette conception, en soi, n'est pas inexacte (réserve faite de la manière dont l'auteur comprend la règle de droit). Mais

(1) Ces concepts n'ont aucune existence objective. Ils désignent seulement la manière dont notre esprit se représente des rapports entre les hommes. V. Jellinek, *Allg. Staats-lehre*, p. 145 et *suprà*, n° 4



elle ne permet pas, à elle seule, de dégager les conséquences des faits juridiques. Soit, par exemple, un contrat passé par X... : à la suite de ce contrat, certains actes de volonté de X... vont devenir conformes à la règle de droit, alors qu'antérieurement elles ne l'eussent pas été, et inversement. Nous traduisons : X... va avoir des droits et des obligations résultant du contrat. Comme résultat, toutes les théories sont d'accord. Mais par quel procédé la théorie de M. Duguit déterminera-t-elle quel est le X... qui va avoir ces droits et ces obligations ? C'est toujours une personne physique, sans doute, qui passe le contrat ; mais une seule et même personne physique peut en passer dans mille conditions diverses : pour elle-même, pour l'Etat dont elle est un agent, pour la commune ou le département qu'elle administre, pour la société commerciale qu'elle dirige, pour le cercle ou l'association qu'elle préside, pour le mineur dont elle administre les biens, pour le tiers qui lui a donné un mandat, etc... ; et toutes les fois qu'elle ne passe pas le contrat pour elle-même, ce n'est pas elle qui est obligée, mais une série d'autres personnes physiques (par exemple les divers représentants successifs de l'Etat, de la commune, de l'association). Comment déterminera-t-on ces personnes sans recourir à l'idée de personnalité, et sans déterminer quel est le *sujet de droit* auquel est imputable le contrat ? M. Duguit se contente de nous dire que le contrat produira tous les effets voulus par la règle de droit, et nous n'y contredisons pas, mais nous nous permettons de trouver la réponse un peu courte. Sans doute il ne nie pas la *continuité* et l'*unité* de l'Etat ; mais il ne donne pas à ces

faits leur *expression juridique* (1) ; il ne construit pas une technique du droit qui nous permette de nous orienter au milieu des phénomènes complexes de la vie. Il nous faut pour cela recourir aux idées de personnalité juridique, de représentation, de sujet actif et passif du

(1) Nous reviendrons plus loin (ci-après, ch. III, § 1), sur la notion de l'*unité* de l'Etat pour en montrer l'importance, et en même temps pour la défendre contre certaines tentatives de démembrement qui se sont produites dans la doctrine. En ce qui concerne la *continuité* de l'Etat, malgré le changement des personnes qui le représentent, la théorie de la personnalité en est aussi la seule expression juridique précise. M. Duguit (p. 333) cherche à démontrer que cette idée a sa source dans le droit monarchique c'est-à-dire dans le droit d'une époque où l'idée de personnalité de l'Etat n'était pas encore nettement dégagée. Mais l'absence d'une théorie assise sur la personnalité de l'Etat a précisément eu cette conséquence que la perpétuité de l'Etat n'a été reconnue que péniblement, et qu'il a fallu prendre des détours pour en introduire les conséquences dans la pratique. Lebret au XVIIe siècle (*Souveraineté du roi*, L. IV, ch. IX), admet encore que le roi n'est point tenu de payer les dettes de son prédécesseur, si ce n'est « pour les lois de la charité, de l'équité et de l'honneur », et parce qu'il est tenu de « décharger la conscience » de ce prédécesseur. On trouve à divers endroits des procédés empiriques cherchant à combler le vide laissé par l'absence de la théorie de la personnalité ; p. ex. on fait confirmer par le prince, d'une manière expresse, les actes de son prédécesseur, ou on permet de poursuivre les sujets pour les dettes du prince (V. Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 3e éd. t I, § 50, notes 2 à 4). Pour la commune on emploie des procédés analogues (*eod. l.* note 5, et Gierke, *Genossenschaftsrecht*, t. II, p. 770 et s.). Combien l'idée de personnalité est à la fois plus simple et plus juste ! M. Duguit explique pour son compte la perpétuité de l'Etat (p. 350) en disant que « l'acte d'un gouvernant produit des effets durables parce que le but qui le détermine se rattache le plus habituellement à un intérêt permanent et dont la permanence est considérée comme légitime ». Sans doute ! Mais c'est précisément ce fait qu'exprime juridiquement la notion d'une personnalité permanente. Cp. ci-dessus, n° 4 et ci-dessous, n° 29.

droit, en un mot à une série de théories traditionnelles, que l'idée unique du règne du droit objectif ne saurait remplacer.

Assurément on devrait écarter toute cette technique et chercher à la remplacer par une autre si elle procédait d'une analyse inexacte des faits sociaux. Mais M. Duguit n'a point démontré et ne pouvait pas démontrer cette inexactitude. C'est lui qui donne au contraire une analyse incomplète ou même inexacte sur certains points. Nous ne voulons ici insister que sur un seul.

23. Dans sa théorie le droit de commander disparaît. L'idée d'*imperium* n'est qu'une survivance des régimes monarchiques (1). Toutes les volontés étant égales entre elles, celle des gouvernants n'a pas plus de valeur juridique que celle des gouvernés, et si les premiers peuvent employer la contrainte, c'est uniquement parce qu'en fait ils sont les plus forts. Leur contrainte se légitime non par un droit de commander qui leur appartiendrait en qualité de gouvernants, mais seulement par la conformité à la règle de droit de la volonté qu'il s'agit de faire exécuter. M. Duguit ne peut pas soutenir une autre thèse, car il lui paraît évident comme à nous que le droit de commander ne peut appartenir à un individu en son propre nom ; il ne peut donc que faire disparaître l'idée de souveraineté.

Il est à peine besoin de montrer le danger social d'une telle théorie. Elle reconnaît en principe le droit pour chacun, non seulement d'examiner la conformité au droit de la volonté gouvernante, mais aussi d'employer

(1) V. t. I, p. 336 et s. « En affirmant le droit de commander, on ne s'aperçoit pas qu'on ne fait que maintenir les principes de la monarchie absolue... »



la force — s'il le peut — pour faire prévaloir sur cette volonté sa volonté propre, lorsqu'il la juge plus conforme à la règle de droit. C'est là une théorie proprement anarchique que nous croyons incompatible avec les nécessités sociales. Une *autorité* est nécessaire pour *proclamer* et *interpréter* le droit ; et il est nécessaire qu'elle puisse imposer sa manière de le comprendre et de l'interpréter. — Mais il y a plus : à supposer que la règle de droit pût, sans l'intervention d'une autorité, être connue et acceptée de tous, la théorie de M. Duguit serait encore insuffisante. Elle suppose en effet que tout ordre des gouvernants peut être conçu comme l'*exécution* d'une règle de droit ; en d'autres termes, que l'autorité abstraite et impersonnelle du droit suffit non seulement pour *limiter*, mais pour *dicter* les actes des gouvernants. M. Duguit combat comme une erreur l'idée que l'Etat peut agir librement, et non point en vertu d'une règle supérieure qui l'y contraint : « Cette idée est fausse et dangereuse, nous dit-il, tout acte de l'Etat lui est imposé par la règle de droit : il ne peut faire que ce que lui impose la règle de droit, et il doit faire tout ce qu'elle lui impose » (1). Il est évident que, si cela n'est pas admis, le principe d'autorité redevient nécessaire pour nous contraindre à obéir aux ordres que l'Etat donne librement, dans la limite du droit, mais sans avoir pour *but* d'observer une de ses règles. On comprend que je sois obligé de m'incliner devant la contrainte d'une volonté même égale à la mienne, si elle a pour objet de réaliser une règle *impérative* du droit, non devant une contrainte de cette nature qui aurait pour

(1) T. I, p. 305.

objet de réaliser une décision libre, sans doute conforme au droit, mais cependant plus ou moins arbitraire, de cette volonté.

Or il nous semble que l'analyse de M. Duguit est ici inacceptable et qu'elle ne traduit nullement la réalité des faits. Elle revient à l'ancien système qui fait de l'Etat *uniquement* l'organe du droit, alors qu'en fait il commande pour d'autres motifs que celui de faire régner le droit : pour défendre la société qu'il représente contre les attaques extérieures et intérieures ou contre les événements de la nature (tels qu'épidémies ou inondations); pour y faire régner la prospérité matérielle et en développer, en perfectionner la vie morale, etc. Tout le rôle civilisateur de l'Etat est contraire à la théorie d'*automatisme juridique* de M. Duguit. Nous voulons bien que l'on rattache cette mission civilisatrice à un effort vers une réalisation plus complète du droit (1). Mais cet effort nécessite évidemment une série d'actes d'appréciation qui ne sont point des actes imposés par une règle de droit, qui sont au contraire des actes libres pour lesquels il est impossible de se passer du droit de commander. On revient dès lors à la nécessité d'expliquer ce droit, et nous croyons qu'on ne peut le faire qu'en y voyant un droit de la collectivité exercé par l'organe qui la représente (2).

24. 3° Il y a une autre voie pour expliquer l'existence des phénomènes habituellement groupés sous le nom de personnalité morale, sans donner à la personne morale le caractère de réalité. Elle s'écarte de la précédente dans

(1) Comme le fait par exemple M. Boistel, *Cours de droit naturel*, t. II, nos 393 et s.

(2) La discussion de la théorie de M. Duguit sera complétée ci-après dans le Ch. III.



un sens diamétralement opposé : au lieu de considérer les biens comme sans maître et les droits comme sans sujet, et par conséquent de faire abstraction des personnes physiques qui les gèrent ou qui les exercent, on les regarde comme appartenant purement et simplement à ces personnes. La personnalité morale devient chose inutile, parce que tous les phénomènes que l'on a coutume d'y rattacher ne sont que des modalités des droits des personnes physiques. L'homme seul existe et a des droits ; la personnalité des êtres moraux n'est qu'une apparence ; une analyse plus profonde permet de montrer qu'elle ne constitue qu'un vain artifice des juristes, une sorte d'échafaudage que l'on peut supprimer quand on s'est rendu compte qu'au fond tous les droits qu'il soutient appartiennent à des individus.

L'auteur qui le premier a développé cette thèse est M. Van den Heuvel. Après avoir insisté, comme Laurent, sur le caractère étrange de la fiction qui crée une personne, alors que Dieu seul a le pouvoir de faire jaillir du néant les personnalités qu'il lui plaît de créer (1), cet auteur nous montre que toutes les personnes morales, y compris l'Etat, peuvent se ramener à des sociétés ou associations (2). Pour prouver que la fiction est inutile, il suffit de démontrer que les règles spéciales du contrat d'association, pour l'explication desquelles elle a été inventée, peuvent se justifier autrement. Or, si l'on examine, par exemple, les règles de la société commerciale, la mieux étudiée de toutes les formes de l'association,

(1) *De la situation légale des associations sans but lucratif*, p. 35.

(2) *Op. cit.*, p. 33. L'auteur qui se place ici sur le terrain du droit idéal, emploie à peu près indifféremment les mots *société* et *association*.

on constate que tous les effets de la prétendue personnalité civile se ramènent à cette idée que le fonds social n'est pas indivis entre les associés, mais est réputé appartenir à l'être moral société. De cette idée même on tire trois conséquences, qui sont les seuls résultats réels de la personnalité civile : 1° le droit des associés est considéré comme mobilier même quand la société possède des immeubles ; 2° la société ayant pour patrimoine propre l'actif social, celui-ci sert de gage aux créanciers sociaux, à l'exclusion des créanciers personnels des associés (conséquence d'où découlent un certain nombre d'autres, notamment l'impossibilité de compenser les dettes et créances personnelles des associés avec les dettes et créances de la société) ; 3° enfin, dans les procès, la société est représentée par son gérant.

Expliquez ces trois règles sans le secours de la fiction, nous dit M. Van den Heuvel, et vous aurez démontré par là même que l'idée de personnalité morale est inutile. Or, au fond rien de plus facile. La dernière s'explique simplement par l'idée de représentation en justice ; elle ne contient pas autre chose qu'une dérogation à la vieille règle que nul ne plaide par procureur, et cette dérogation est, au moins en théorie, et même semble-t-il, au point de vue spécial du droit français, parfaitement admissible. Le gérant qui plaide au nom de la société représente en réalité les associés eux-mêmes. — Quant à la première (caractère mobilier du droit des associés), c'est une règle admise par des considérations d'utilité pratique ; on a voulu simplement débarrasser les sociétés des entraves qu'auraient apportées à la transmission de leurs actions les précautions minutieuses dont se trouvent entourées les transmissions immobilières. — Reste la seconde, qui

est la plus importante. Mais qu'est-elle autre chose qu'une simple séparation des patrimoines, analogue à celle qui se produit en d'autres matières sans que jamais on ait songé à y introduire l'idée de personnalité? Si je contracte une dette, sans poser des conditions particulières à mon engagement, le créancier aura pour gage tous mes biens présents et futurs; mais pourquoi ne pourrais-je pas, s'il y consent, restreindre ou augmenter son gage? En apportant certains biens dans la société, je suis censé les affecter spécialement aux obligations que je contracterai comme associé. C'est une convention très naturelle, pourvu que les tiers en soient suffisamment prévenus. La loi en la sanctionnant ne fait qu'appliquer le principe de la liberté des conventions, en y ajoutant une présomption générale de volonté de la part des associés (1).

Ainsi, les personnes morales ne sont au fond que des associations en faveur desquelles la loi a admis, pour favoriser leur développement, certaines règles dérogatoires au droit commun. Ce sont des associations privilégiées. L'auteur reconnaît que toutes les associations ne sont pas soumises à ce régime, et il insiste même à diverses reprises sur cette idée, qu'aucune association ne peut jouir des faveurs dont il s'agit, si elles ne lui ont pas été accordées par des dispositions spéciales de la loi (2). Mais ce régime suffit, suivant lui, à expliquer

(1) Van den Heuvel, *op. cit.*, p. 42 et suiv. — M. Marcel Mongin (*Revue critique*, 1890, p. 697), a repris toute cette thèse, en la formulant plus rigoureusement. Mais cet auteur restreint sa démonstration aux sociétés, et ne prétend pas conclure d'une façon absolue à l'inutilité de la personnalité morale. Nous retrouverons plus loin ses explications (*infrà*, nos 66 et suiv).

(2) Van den Heuvel, *op. cit.*, p. 63, p. 91 et suiv.



toutes les règles applicables aux personnes morales ; toutes, même l'État et la commune, ne sont autre chose que des associations de cette nature (1). Les biens que l'on considère comme leur appartenant ne sont en réalité que la copropriété de leurs membres ; seulement c'est une copropriété soumise à certaines règles particulières.

25. M. de Vareilles-Sommières, dans le premier ouvrage qu'il a consacré à la théorie de la personnalité morale (2) n'allait pas tout à fait jusqu'à la thèse de M. Van den Heuvel. Il se bornait à soutenir que les associations non douées de personnalité ont le droit de posséder, et à leur accorder une situation de fait qui ne les éloignait pas beaucoup des associations personnalisées (3). Il admettait encore qu'à côté d'elles le légis-

(1) *Ib.*, p. 38, p. 53. — L'auteur applique également sa thèse aux fabriques d'églises qu'il considère comme représentant l'association des fidèles de la paroisse (p. 54).

(2) Publié d'abord en 1892 dans la *Revue catholique des institutions et du droit.* Paru ensuite en brochure sous ce titre : *Le contrat d'association* (1893).

(3) M. Yves Guyot a soutenu dans la *Revue politique et parlementaire* (décembre 1898, p. 556 et suiv.) une thèse tout à fait analogue à celle qu'admettait au début M. de Vareilles-Sommières. Opposant l'*association contractuelle* à l'*association corporative*, il propose d'organiser les syndicats professionnels sur le premier type, en écartant pour eux la personnalité morale comme inutile et dangereuse. Ils constitueraient de simples société civiles non douées de personnalité, mais capables de posséder *par délégation* de leurs membres (p. 571). Il ne va pas jusqu'à soutenir que le système serait applicable à toutes les personnes morales. Il dit au contraire : « La personnalité civile doit être réservée à l'Etat et aux communes ». — Le système de l'association *purement contractuelle*, non personnalisée, mais pouvant affecter au but de l'association des biens appartenant aux associés, a d'ailleurs joué un rôle important dans l'élaboration de la loi du 1er juillet 1901. C'était le système du projet de loi déposé par M. Waldeck-Rousseau

lateur pouvait établir *par fiction* des associations de cette dernière espèce, et que cette fiction, qui était pour elles un « utile ornement », avait pour conséquence de leur donner plus de force et de stabilité. Mais depuis lors, dans le très remarquable ouvrage qu'a couronné l'Institut (1), il a franchement repris la thèse de M. Van den Heuvel en la précisant et en lui donnant des développements nouveaux. Pour lui comme pour son prédécesseur toutes les personnes morales sont des associations. Les droits que la doctrine courante considère comme étant ceux de la personne morale sont en réalité les droits des associés. Ceux-ci sont les vrais co-propriétaires du patrimoine social. Seulement ils sont soumis, quant à l'exercice de leurs droits, à un régime spécial qu'on peut appeler le *régime personnifiant*, et qui se caractérise par les traits suivants : 1° Un associé ne peut pas, sans le consentement de tous (ou ce qui revient au même sans le consentement de l'administrateur fondé de pouvoirs de tous) soustraire à la masse commune, par des aliénations, sa part dans les objets communs ; 2° Un associé ne peut pas poursuivre ni recevoir séparément le paiement de sa part dans le montant d'une créance sociale ; 3° Un associé ne peut pas être poursuivi isolément soit par

qui considérait la personnalité civile comme une fiction, et la faisait dépendre d'une reconnaissance d'utilité publique donnée par décret, mais admettait, pour les associations, la possibilité de posséder en fait les biens dont leurs membres restaient copropriétaires. Le même système avait inspiré aussi le contre-projet de l'abbé Lemire, qui l'admettait seulement avec plus de largeur. Ces systèmes n'ont pas triomphé. Mais ils peuvent avoir leur importance pratique pour expliquer la situation des associations non personnalisées (V. *infrà*, ch. IV).

(1) *Les personnes morales* (1902).

voiè judiciaire, soit par voie extrajudiciaire, pour sa part dans une dette sociale. Le résultat de ces trois règles, c'est que, *dans les rapports de l'association avec les tiers*, tout se passe *comme si* les associés ne formaient qu'une personne unique propriétaire du patrimoine social. De là pour l'esprit la tentation, d'abord de comparer l'association à une personne, ensuite, et peu à peu, de glisser de la comparaison à la fiction et de déclarer qu'elle est une personne fictive. En réalité, elle n'est pas plus une personne fictive qu'une personne réelle ; il n'existe en elle pas d'autre personne que les individus associés. La fiction de personnalité morale est cependant légitime, à condition de bien se rendre compte de ce qu'elle est : elle n'est pas l'œuvre du législateur, elle est l'œuvre inconsciente de tous. Elle est « la résultante dans l'esprit humain d'un régime social... la projection sur notre écran intellectuel de l'association soumise au régime décrit ». A distance les associés apparaissent comme un seul homme, comme une personne unique ayant pour tout patrimoine l'avoir social. Cette manière de la considérer ne change rien à la nature des choses et ne produit aucun effet juridique. Elle a seulement une utilité « d'ordre artistique et pédagogique. » — « L'utilité de la fiction c'est de peindre et de résumer élégamment un état de choses, de lui donner du relief et de la couleur, de simplifier la description d'une situation compliquée ; c'est d'être un excellent procédé de conception et d'exposition ; c'est de rendre des services à la science et à l'enseignement ; c'est d'alléger le langage et même la pensée. Telle est l'utilité, toute l'utilité de la personnalité morale » (1).

(1) *Les personnes morales*, p. 225, n° 484. Les explications pré-

La conséquence du système est que la personne morale n'est nullement une création législative, mais que la situation particulière qui résulte de ce qu'on appelle vulgairement sa personnalité découle du régime même auquel les associés se sont soumis. L'auteur applique son système à tous les groupements doués de personnalité, depuis l'Etat et la commune jusqu'à l'association de droit privé et à la fondation. Il est toutefois obligé, pour rester fidèle à son principe de nier délibérément la personnalité des établissements publics. Pour lui, ils ne sont « sauf peut-être quelques rares exceptions, que l'Etat, le département, la commune, accomplissant une de leurs fonctions avec un rouage spécial et une caisse spéciale » (1).

26. De cette doctrine se rapproche beaucoup celle qui a été soutenue par MM. Planiol (2) et Berthélemy (3), qui ramènent la personnalité morale à la notion de *patrimoine collectif*. Elle n'en diffère que par l'introduction de ce mot nouveau, qui lui permet d'opposer plus nettement l'une à l'autre la copropriété ordinaire et la copropriété d'une nature spéciale qui appartient aux membres du groupe personnalisé. Mais au fond elle ne s'en écarte pas essentiellement, car M. de Vareilles-Sommières admet bien, lui aussi, qu'il sagit, non d'une copropriété ordinaire, mais d'une copropriété soumise à des règles spéciales.

cédentes résument la théorie exposée dans les nos 333 à 365 de l'ouvrage.

(1) *Id.*, p. 667, n° 1542.

(2) *Droit civil,* 1re éd. t. I, p. 259 et s.; 3e éd. p. 977 et s. nos 3005 et s.

(3) *Droit administratif,* 2e éd. p. 39 et s.; 3e éd. p. 29 et s.

D'après M. Planiol, l'idée de personnalité morale n'est autre chose qu'une « conception simple, mais superficielle, qui cache aux yeux la persistance, jusqu'à nos jours, de la *propriété collective* à côté de la *propriété individuelle* » (1). « Nous pouvons, dit de son côté M. Berthélemy (2), être, de trois manières, propriétaires d'un champ ou d'un troupeau : individuellement, c'est-à-dire chacun pour une part divise, pour un nombre déterminé de bêtes ; indivisément, c'est-à-dire chacun pour une quote-part du champ ou du troupeau ; *collectivement*, c'est-à-dire *à nous tous envisagés comme n'étant qu'un* ». « Quand je dis, ajoute-t-il, que l'Etat est une personne morale, je ne veux pas exprimer autre chose que ceci : les Français sont collectivement propriétaires de biens et titulaires de droits ». M. Planiol insiste d'ailleurs, à très juste titre, sur la nécessité d'admettre, pour la gestion des patrimoines collectifs, un régime spécial, ayant comme caractère principal d'être un régime *unitaire*, c'est-à-dire de soustraire le patrimoine collectif aux volontés individuelles des membres, ce qui le différencie nettement du patrimoine possédé à l'état d'indivision (3).

27. Ces théories qui ont pris en France un si grand développement, se trouvaient déjà comme en germe dans l'explication que Ihering avait esquissée plutôt que développée dans l'*Esprit du droit romain* (4). Pour lui

(1) Planiol, *op. cit.*, 1re éd. n° 675.; cpr. dans la 3e éd., nos 3007 et 3017.

(2) Berthélemy, *op. cit.*, 2e éd. p. 43.; 3e éd. p. 32.

(3) Planiol, 1re éd., nos 723 et s.

(4) Trad. Meulenaere, t. IV, p. 430. Les ouvrages de M. Max Schwabe (*Die juristische Person and das Mitgliedschaftssecht*, Bâle 1900. *Rechtssubjekt und Nutzbefugniss*, Bâle 1901. *Die*

déjà, les véritables sujets de droit dans la personne morale, c'étaient les individus isolés : « La personne juridique comme telle est incapable de jouir, elle n'a ni intérêt, ni but ; elle ne peut donc avoir de droits que là où ils atteignent leur destination, c'est-à-dire là où ils peuvent être utiles à leurs ayants droit. Un droit qui ne peut jamais atteindre ce but est une chimère inconciliable avec l'idée fondamentale du principe du droit. Pareille anomalie ne peut exister qu'en apparence : le sujet apparent du droit cache le véritable... Non, les véritables sujets du droit, ce ne sont point les personnes juridiques comme telles, ce sont leurs membres isolés. Celles-là ne sont autre chose que la forme spéciale dans laquelle ceux-ci manifestent leurs rapports juridiques avec le monde extérieur ». Le principe ainsi formulé s'applique sans peine aux associations ; pour elles, les véritables ayants droit, ce sont les associés. Quant aux fondations, Ihering admet comme étant les sujets du droit les destinataires de la fondation, c'est-à-dire les malades, orphelins, indigents, etc., qui profitent en fait des biens à elle affectés (1).

28. Nous faisons à toutes ces théories une première

Korperschaft mit und ohne Personlichkeit, Bâle 1904), se rattachent aux théories que nous venons d'analyser.

(1) Dans un autre passage du même ouvrage (t. III, p. 56-57), Ihering explique que la personne morale n'est *au moins pour le droit privé* qu'un instrument technique destiné à corriger le manque de détermination des sujets. — Ailleurs, p. 72, il considère l'application de la notion de personne aux êtres juridiques comme l'*extension artificielle d'une notion naturelle*, procédé qu'il juge proche de la fiction. — Ihering n'est donc pas aussi radical que les auteurs français dont les doctrines ont été analysées dans les précédents numéros. Il admet bien l'utilité technique de l'idée de personnalité morale et même sa nécessité.

objection que nous avons déjà adressée à la théorie de la fiction et qui, d'après nous, est fondamentale : ce sont des théories de pur droit privé, qui n'expliquent en rien l'*existence*, l'*unité* et la *perpétuité* des personnes morales de droit public. Dans la personne morale, elles ne voient jamais qu'un *patrimoine*. Alors même donc qu'elles seraient suffisantes pour expliquer la situation juridique des associations de droit privé, elles sont, comme la théorie de la fiction, impuissantes à expliquer l'Etat. M. Van den Heuvel s'élève quelque part, et à très juste titre, contre l'idée de considérer l'Etat comme une fiction. Il n'est pas plus exact de le considérer comme un gigantesque contrat d'association dans lequel les particuliers ont mis en commun certains biens afin de les soustraire à l'action de leurs créanciers personnels et de les soumettre à une gestion unique. « Qui donc, dit très bien M. Capitant (1), définirait l'Etat : une masse de biens qui appartiennent à tous les nationaux ? » Sans doute les auteurs de ces systèmes ne disent pas que l'Etat ne soit *que cela;* mais dans sa vie juridique ils séparent arbitrairement le côté patrimonial de tout le reste ; alors que le patrimoine n'est pour lui qu'un moyen pour atteindre des fins supérieures, ils en font le *seul élément* de la personnalité (ou de ce qu'on entend d'ordinaire sous ce mot). M. Planiol va jusqu'à dire que les prétendues personnes morales n'en sont pas, même d'une manière fictive, mais sont *des choses* (2) ; et il insiste sur cette idée qu'un groupement quelconque ne

(1) *Introd. à l'étude du droit civil*, 2e éd., p. 170.

(2) *Droit civil*, 1re éd., no 675. Dans sa 3e éd., M. Planiol, conséquent avec sa doctrine, classe l'étude des personnes morales dans la partie de son ouvrage consacrée à l'étude des biens.

peut avoir ce qu'on est convenu d'appeler la personnalité que *parce qu'il a des biens*, en sorte que « personnalité » est synonyme de « masse de biens ». M. de Vareilles-Sommières revient également à plusieurs reprises sur l'idée qu'une association qui n'a pas de biens n'est pas personnifiable, et il en donne même cette explication vraiment curieuse qu'une association qui n'a pas de biens « n'a pas de rapports avec les tiers » (1). Cela seul suffit à montrer jusqu'à quel point, dans l'esprit de ces auteurs, l'idée de personnalité est restreinte au domaine du droit privé. M. Berthélemy, de son côté, dans un passage que nous discuterons plus loin (2), se déclare l'adversaire de toute personnification de l'Etat puissance publique. En cela il ne fait que suivre la pente de sa théorie, qui ne lui permet pas d'envisager dans son unité indivisible la personnalité de l'Etat ; et c'est là pour nous un vice irrémédiable de cette théorie comme de toutes celles qui lui sont analogues.

29. Ce n'est pas le seul. Même en la restreignant au domaine du droit privé, l'explication nous paraît insuffisante parce qu'elle est en partie inexacte. Sans doute nous croyons, avec ces systèmes, que les membres de la personne morale ne sont pas, pour elle ni pour son patrimoine, des *tiers*, comme ils le sont dans le système de la fiction. Par cela seul qu'il s'agit d'une personne *collective* nous ne devrons pas faire dans nos théories abstraction des personnes qui la composent. Mais de là à considérer le patrimoine de l'être moral comme étant la propriété des membres (sous une forme ou sous une autre) il y a

(1) V. *Personnes morales,* nos 1105 et s., 1125 et s.
(2) V. ci-après, ch. III.

loin. A la différence de la théorie de la fiction qui ne voit que le groupe, les théories dont nous parlons ne voient que l'individu. Elles oublient qu'il y a, dans le groupe lui-même, un intérêt collectif, distinct de l'intérêt individuel, à ce point qu'il lui est fréquemment opposé, et que cet intérêt n'est pas seulement celui du groupe tel qu'il est actuellement composé, mais celui d'un groupe *permanent*, qui représente les générations futures en même temps que la génération présente. L'une des conséquences du système serait de permettre *dans tous les cas* aux membres actuels du groupe de se partager ses biens ; c'est la doctrine que la Révolution française a appliquée aux biens communaux, et qui explique la définition de ces biens donnée dans la loi du 10 juin 1793 et reproduite dans l'article 542 du Code civil : biens auxquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis. Les lois révolutionnaires en avaient tiré la conséquence pratique quand elles avaient, ordonné d'abord, plus tard permis et encouragé, le partage des biens communaux entre les habitants (1). C'en serait fait aujourd'hui du patrimoine communal si ces mesures avaient été complètement appliquées. Il a été sauvé parce qu'on est revenu à une plus juste appréciation de la situation juridique et que derrière les habitants de la commune on a su voir l'intérêt de la commune elle-même. L'article 542 n'est plus d'accord aujourd'hui — fort heureusement — avec les idées qui ont prévalu dans nos lois sur la nature du patrimoine communal (2).

(1) V. les lois du 14 août 1792 et 10 juin 1793.

(2) M. Van den Heuvel cite à l'appui de son opinion, la définition de l'art. 542 ; et M. Planiol approuve cette définition (1re éd., n° 921). Mais la plupart des auteurs la déclarent inexacte. — Cpr.

30. Toujours sur le terrain du droit privé, on doit encore objecter à ces diverses théories qu'elles ne donnent pas l'expression juridique exacte de la réalité des faits. Considérer les associés comme propriétaires, c'est déjà contraire aux faits dans les associations à but désintéressé qui admettent ce que M. de Vareilles-Sommières appelle le régime personnifiant ; car dans presque toutes les associations de ce genre les clauses sont combinées de telle sorte que *jamais* l'associé ne retirera, pour son propre patrimoine, un bénéfice provenant du patrimoine social (1). *Tout* se passe comme si l'associé n'était pas propriétaire; d'où l'on doit conclure qu'il ne l'est pas, et qu'il y a une véritable fiction à ramener à l'idée de copropriété des individus ce qui est en réalité la propriété du groupe lui-même. Il faut, pour expliquer ainsi la situation juridique, introduire dans l'analyse de cette situation des clauses sous-entendues très compliquées, clauses qui sont purement fictives, et qui n'arrivent même pas à rendre compte de toutes les difficultés (2).

Ducrocq, *Droit administratif*, 7e éd., t. IV, nos 1376-1378. « Non, certainement, les biens du domaine de l'Etat et ceux du domaine communal, n'appartiennent ni ne doivent appartenir aux citoyens ou habitants. Ils n'appartiennent et ils ne doivent appartenir qu'à l'être moral, Etat ou commune, qui représente à la fois la génération actuelle et toute la série des générations futures.» M. Planiol (*Droit civil*, 3e éd.. p. 977, note 1), répond à l'objection faite au texte, que la propriété collective, à la différence de la propriété indivise, ne comporte pas le partage. Mais pourquoi ? Un système qui ne voit d'autres sujets que les individus est impuissant à l'expliquer et M. Planiol ne l'essaie même pas.

(1) V. sur ce point les explications détaillées que nous avons fournies dans notre compte rendu du livre de M. de Vareilles-Sommières, *Revue du droit public*, t. XX, p. 342 et s.

(2) V. ce même compte rendu, p. 344. – Nous avons montré dans ce passage combien de clauses sous-entendues, souvent inaccepta-

Le système devient encore plus difficile à appliquer (indépendamment même du lien à maintenir entre le droit public et le droit privé), quand il s'agit des biens de l'Etat ou des communes. Comme l'a fait très bien observer M. Capitant (1), les biens de ces personnes morales sont loin de profiter toujours exclusivement aux membres de la collectivité qu'elles représentent. Le droit d'user des voies publiques communales n'appartient pas seulement aux habitants de la commune, mais à tous; le droit de visiter le Louvre ou d'y étudier n'appartient pas seulement aux Français, mais aux habitants du monde entier. Le droit des membres du groupe n'est donc « qu'une apparence, qu'un fantôme », puisque bien loin d'avoir une parcelle de la propriété de ces

bles, il fallait introduire dans le pacte social pour expliquer la situation juridique des associés. V. aussi Valéry. « Contribution à l'étude la personnalité morale » (dans *Revue génér. du droit*, 1903, p. 32 et s.). Cpr les explications de M. Maitland (art. précité dans *Grünhut's Zeitschrift* (t. XXXI, p. 52), sur la propriété des associés au profit desquels existe un trust (par exemple les membres d'un club) : « c'est une propriété d'une bien merveilleuse espèce. Premièrement, elle est pratiquement inaliénable; secondement, elle est en fait soustraite à l'action des créanciers de l'associé ; troisièmement, elle ne fait pas partie de ses biens en cas de faillite ; quatrièmement, cette propriété cesse s'il ne paie pas sa cotisation annuelle; cinquièmement, elle cesse s'il est exclu du club conformément aux statuts ; sixièmement, sa part est restreinte par toute réception de nouveaux membres; septièmement, il ne peut demander le partage ; huitièmement, pour tout expliquer, nous devons accepter un certain nombre de contrats tacites, dont nul n'a conscience au moment où ils s'accomplissent ; car, à chaque élection de membres, il faut feindre un contrat entre le nouveau membre et les autres. » L'auteur montre que tout cela a produit en droit anglais un régime excellent. Mais en serait-il de même partout ?

(1) *Introd. à l'étude du droit civil*, 2e édit., p. 169.

biens, ils n'en ont pas même la jouissance exclusive.

Enfin tous ceux de ces systèmes qui mettent à leur base l'idée d'association et non pas l'idée plus simple de collectivité et de groupement (notamment celui de MM. Van den Heuvel et de Vareilles-Sommières), sont impuissants à expliquer la personnalité morale des établissements publics. Pour eux, ces derniers ne peuvent être autres que « l'Etat, le département ou la commune accomplissant une de leurs fonctions avec un rouage spécial et une caisse spéciale » (1). Il n'y a plus en eux qu'une personnalité *apparente*, une pure fiction que ces collectivités pourront faire disparaître quand elles le voudront et auxquels il est illogique d'accorder des *droits* qu'ils puissent défendre en justice contre la communauté dont ils émanent. Nous ne croyons pas que cette notion corresponde aux besoins actuels, et nous nous réservons de le montrer avec plus de détail en traitant de la création de ces établissements (2).

III

31. La personne morale n'est pas une personne fictive. Elle n'est pas non plus un simple artifice derrière lequel on trouve, soit des patrimoines sans maître, soit des individus. Il reste qu'elle soit une personne réelle. C'est notre thèse ; mais il y a encore bien des manières diverses de la comprendre, et ce sont elles que nous devons maintenant examiner.

(1) De Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 667, n° 1542.

(2) V. pour compléter ces critiques notre compte rendu précité du livre de M. de Vareilles-Sommières, *Revue du droit public*, t. XX, p. 339-357.



Commençons par rappeler l'idée que nous avons énoncée dès le début : en soutenant la réalité de la personne morale, nous ne voulons pas dire qu'elle constitue une personne au sens philosophique du mot. La notion que nous cherchons à dégager est une notion purement juridique. Tout le problème consiste donc à savoir quels sont les êtres que l'on doit considérer comme capables de droits ; et, pour le résoudre, il faut savoir nécessairement ce que l'on entend par droit (au sens subjectif du mot).

32. D'après la définition la plus ordinairement donnée, le droit subjectif est *une puissance attribuée à une volonté par le Droit objectif, une faculté de vouloir reconnue par le Droit* (1). Cette définition, comme nous le montrerons plus loin, n'est pas inexacte en elle-même, mais elle est incomplète parce qu'elle indique seulement la conséquence du droit subjectif, non son fondement et sa raison d'être. Elle éveille l'idée, fausse selon nous, que la volonté libre est elle-même le fondement du droit, et que l'ordre juridique n'a pas d'autre objet que de protéger ses manifestations, en empêchant qu'elles ne heurtent la liberté d'autrui (2). Pour ceux qui admettent cette

(1) Cette définition ou d'autres qui n'en diffèrent que par les mots, se trouvent dans un grand nombre d'auteurs. — V. notamment : Savigny, *Système*, T. 1. § IV, p. 7 ; Windscheid, *Pandectes*, § 37 ; Arndts, *Pandectes*, § 21 ; Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1re édit., p. 18 ; Meurer, *op. cit.*, p. 36 ; — Zitelmann, *op. cit.*, p. 62. — Les Allemands emploient ici le mot *Wollendürfen* qui est à peu près équivalent aux mots *faculté de vouloir*. — Gierke, *Deutsches Privatrecht*, § 27, donne une définition qui au fond concorde avec les précédentes. Elle est seulement plus complexe, parce qu'il y fait rentrer à la fois le côté actif et le côté passif du droit.

(2) On sait que c'est là la doctrine de Kant qui définit le Droit :



idée, il est clair qu'un droit subjectif ne peut exister qu'au profit d'un être doué de volonté personnelle et libre. La personnalité juridique supposera donc l'existence d'une volonté de cette nature ; elle coïncidera avec la personnalité philosophique.

Si l'on prend ce point de départ, il faudra, pour arriver à démontrer que des êtres collectifs ont une personnalité réelle, prouver qu'il y a en eux une volonté semblable à celle de l'homme, et respectable pour les mêmes motifs. Il ne suffira pas de faire cette preuve par approximation ; il faudra montrer que cette volonté est libre comme la volonté humaine, puisque cette liberté seule explique les prérogatives qu'on lui attribue.

Il est à remarquer cependant que les auteurs qui basent sur cette définition leur théorie de la personnalité morale n'essayent pas tous de faire cette démonstration. C'est le cas notamment pour plusieurs des représentants de l'école dite germaniste. D'après eux la personne morale est une personne collective réelle, parce qu'elle a une volonté collective, distincte de la volonté des individus. Mais ils se contentent sur ce point d'une simple affirmation (1) ; ils ne montrent point le proces-

l'ensemble des conditions dans lesquelles la liberté de chacun peut coexister avec la liberté de tous, d'après un principe général de liberté. V. *infrà*, nos 46 et s., la réfutation de l'idée que la volonté libre est le fondement du droit.

(1) C'est notamment le cas de Gierke. Dans les longs et beaux développements qu'il consacre à la théorie, on ne trouve nulle part un essai de démonstration de la volonté collective. Il se contente de dire : « La capacité de vouloir et d'agir des corporations est une réalité existant dans et avec leur personnalité. Pour nous, le droit leur attribue la personnalité précisément parce qu'il voit en elles les sujets d'une volonté collective une et continue. Ici, comme dans l'individu nous voyons la base de la subjectivité dans une volonté

sus de cette volonté, ni les qualités qui peuvent la rendre respectable. Une simple affirmation ne suffit pas cependant; car l'existence de cette volonté collective n'est rien moins qu'évidente. Aussi en a-t-on essayé plusieurs démonstrations qu'il est intéressant de passer en revue rapidement.

33. 1° On peut chercher tout d'abord une démonstration de la volonté des groupes dans la théorie organique des sociétés. Les partisans les plus avancés de cette théorie, ceux qui en poursuivent les conséquences avec le plus de logique, attribuent formellement aux sociétés — qui pour eux sont des organismes — des volitions semblables à celles qui se produisent dans l'organisme humain. Les hommes, cellules des organismes sociaux, jouent dans le mécanisme de la volition sociale, le même rôle que les cellules du corps humain dans le mécanisme de la volition individuelle. La Société a son cerveau, comme l'individu. La décision qu'elle prend est l'œuvre des cellules de ce cerveau, comme la décision que prend l'homme est l'œuvre des cellules du cerveau humain. Dans un cas comme dans l'autre, il peut y avoir, entre les cellules, lutte pour l'adoption d'une idée : la décision est prise quand certaines d'entr'elles ont réussi à faire prévaloir leur opinion : « Notre être étant très complexe, plusieurs volitions se forment à la fois. Elles se livrent des combats acharnés dans nos centres nerveux.

qui est la force interne, principe des actes extérieurs ». (*Genossenschaftstheorie*, p. 608). — On a souvent compté cet auteur parmi les partisans de la théorie organique et lui-même ne distingue pas suffisamment sa théorie de la théorie organique proprement dite. Elle ne se confond pourtant pas avec elle. V. Jellinek, *Allg. Staatslehre*, p. 141-142.

Celle qui l'emporte est celle qui a emporté le plus de partisans. A un certain moment, quelques cellules font pencher la balance. De même, dans nos assemblées législatives, quelques députés assurent le triomphe d'une proposition au détriment d'une autre » (1). Et qu'on objecte pas que les cellules de notre cerveau ne sont ni libres, ni conscientes, qu'elles n'ont pas de volonté propre, alors qu'il en est différemment des hommes qui forment le cerveau social, et que ceux-ci peuvent prétendre à bon droit avoir pris eux-mêmes la décision que l'on attribue à la Société. On répondrait qu'entre la cellule et l'homme il n'y a que des différences de degrés, que les cellules sont douées de conscience dans une certaine mesure, et que l'homme n'a de plus qu'elles que l'illusion de la liberté (2). Chez l'homme, comme dans la Société, les volitions se forment par l'action réciproque des cellules les unes sur les autres, action déterminée elle-même par la structure de l'organisme et par les influences extérieures.

Si on admet cette doctrine, et si on consent à l'étendre à tous les groupements humains, — c'est un point sur lequel ses adeptes ne s'accordent pas pleinement (3) — on sera conduit à accorder au groupe le même traitement juridique qu'aux individus. Ils sont doués de volonté dans la même mesure qu'eux ; leur

(1) Novicow, *Conscience et volonté sociales*, p. 112-113.

(2) Worms, *Organisme et société* (Thèse 1896), p. 59.

(3) Worms, p. 30, *op. cit.*, déclare sa théorie applicable à la *Société*, qui saisit l'homme entier, et non aux groupes secondaires ou associations, formés en vue d'un butspécial. Mais il ajoute que ces derniers aussi rappellent, quoique de plus loin, un organisme animé, et que sa démonstration sera peut-être susceptible d'être étendue un jour à ces groupements secondaires. — M. Espinas a

volonté a le même degré de réalité, ni plus ni moins. De la notion d'organisme découlera donc la notion de personnalité juridique. Tout organisme pouvant être considéré comme produisant une volonté sera *apte* à devenir une personne morale.

34. Nous ne voulons point faire ici une discussion détaillée de cette doctrine qui, à notre connaissance, n'a été développée dans toute sa rigueur par aucun juriste. Il importe cependant de montrer pourquoi elle ne peut nous mener au but (1).

a. Elle suppose tout d'abord admise cette idée que les groupements sociaux *sont* des organismes. Or on sait que cette notion, dont les sociologues ont fait pendant longtemps la base de leur sience nouvelle, est aujourd'hui répudiée par un grand nombre d'entr'eux (2). Il y

étendu beaucoup plus franchement la notion d'organisme aux groupements secondaires. — M. Fouillée (*Science sociale contemporaine*, p. 227) a montré les exagérations auxquelles conduit cette doctrine quand on veut l'étendre à tout groupement.

(1) V. une bonne réfutation de la théorie organique dans Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 132 et s. L'auteur fait ressortir tout d'abord toutes les difficultés qu'offre la notion même d'organisme. Il montre ensuite qu'il y a entre l'Etat et les organismes vivants des ressemblances et des différences, et que la théorie organique de l'Etat ne peut aboutir qu'à des analogies, qu'il est dangereux de prendre pour des identités. Le danger des fausses analogies est d'ailleurs bien plus grand en cette matière que l'avantage que peuvent offrir à la science les analogies exactes. Enfin la doctrine de l'organisme ne rend pas compte de l'activité réfléchie et consciente de son but, qui est nécessaire à l'Etat. — Cpr, pour la réfutation de la théorie organique : Boistel, *Cours de Philosophie du droit*, t. II, p. 51 et s. (surtout n° 334) : Charles Benoist, *La crise de l'Etat moderne*, p. 161 et s. — Maurice Deslandres, *La crise de la science politique*, p. 49 et s. (à propos de la méthode sociologique).

(2) V. sur ce point la discussion approfondie qui a eu lieu au



a sans doute, entre les groupements sociaux et les organismes biologiques, des ressemblances frappantes ; mais les différences ne sont pas moins nombreuses, et il est au moins douteux qu'il y ait utilité à les réunir sous une dénomination commune. Comme on l'a dit avec quelque raison (1), il y a là au fond qu'une querelle de mots, et tout dépend, en dernière analyse, du sens plus ou moins étendu que l'on donne au mot organisme. On a pu, au moins transitoirement, trouver quelque avantage à employer, à titre de méthode scientifique, un système de comparaison entre les sociétés et les organismes biologiques : voilà, semble-t-il, tout ce qu'il est possible de concéder à cette théorie fameuse.

35. *b.* Mais, concédât-on le mot, on ne se trouve guère plus avancé quant aux conséquences que l'on peut en tirer sur le terrain juridique. Pour faire sortir l'idée de personnalité philosophique de l'idée d'organisme (2), il faut en effet quelque chose de plus que la simple constatation de ressemblance entre la Société et les êtres

mois de juillet 1897, dans le *Congrès de l'Institut international de sociologie* (*Annales de l'Inst. intern. de sociol.*, t. IV, p. 170 et suiv.). La théorie organique des sociétés y a rencontré au moins autant d'adversaires que d'adhérents. V. notamment les observations de M. Tarde, p. 237 et suiv. — Le même auteur a cru pouvoir dire en rendant compte de ce congrès : « La tâche propre du dernier Congrès de sociologie aura été de faire disparaître, comme un échafaudage devenu gênant, après avoir pu n'être pas sans quelque utilité, l'idée de l'*organisme social.* » (*Revue internationale de l'Enseignement supérieur*, t. 34, p. 259).

(1) Bernatzik, dans *Archiv. für öffentl. Recht.* t. V, p. 276. — Bruno Schmidt, *Der Staat*, p. 22.

(2) Nous nous plaçons toujours dans la définition du droit subjectif donnée plus haut, définition avec laquelle la personnalité juridique coïncide avec la personnalité philosophique.

vivants. Il faut démontrer qu'il y a dans les organismes sociaux une volonté propre au même sens que dans l'organisme humain... Or, pour établir cette assimilation, il faut aller jusqu'à un déterminisme absolu, dont la conséquence, si on voulait l'admettre, serait précisément d'enlever à la volonté humaine tout ce qui pourrait en faire le fondement du droit.

En effet, la théorie que nous avons esquissée plus haut suppose qu'il n'y a, soit dans la volonté humaine, soit dans la volonté collective, rien autre chose qu'une combinaison de cellules. Pour peu que l'on admette dans l'homme un élément indépendant des phénomènes physiques ou chimiques qui se succèdent dans son organisme, cet élément, si réduit qu'on veuille le supposer, suffit à distinguer nettement l'homme du groupe, et à lui donner un degré de personnalité auquel ce dernier ne saurait prétendre. M. Fouillée, par exemple, qui a pris dans ces questions une position intermédiaire, admet au moins dans l'homme l'*idée* d'un moi unique, idée qui n'est qu'une résultante, mais qui se réalise en se concevant, en croyant à sa propre réalité (1), et qui n'existe pas dans l'organisme social. Cela lui suffit pour conclure très légitimement que la Société, qui à ses yeux est un *organisme physiologique*, n'est point cependant une *individualité psychologique* (2). Il lui dénierait sans doute la faculté d'avoir, au sens naturel du mot, une volonté propre ; il ne pourrait en effet lui reconnaître ce degré atténué de liberté qu'il admet chez l'individu, liberté qui consiste à pouvoir agir sur son développement ultérieur

(1) *Science sociale contemporaine*, 3e éd., p. 222.
(2) *Id.*, p 245.

par l'idée une fois conçue. Il faut, pour avoir même la liberté ainsi entendue, une conscience *centralisée* comme celle de l'homme ; la conscience *dispersée* qu'il reconnaît dans l'organisme social n'y suffit pas, parce qu'elle n'existe que dans les éléments de l'organisme et que ce dernier n'a pas un *moi* central qui puisse concevoir l'idée-force.

A plus forte raison en est-il de même si l'on admet, avec les écoles de philosophie spiritualiste, qu'il existe dans l'homme, derrière la série changeante des phénomènes, une substance permanente qui assure la continuité et la réalité du moi humain. M. Fouillée lui-même explique (1) que rien n'empêche de supposer dans l'homme un fond de réalité persistante, quelque chose comme un chef d'orchestre mystérieux dont l'action assure l'harmonie et la coordination des phénomènes : il déclare seulement que c'est là une hypothèse métaphysique en dehors du domaine de la science. Il nous paraît évident qu'aucune hypothèse semblable n'est possible sérieusement pour l'organisme social. Et l'assimilation de la volonté du groupe avec celle de l'individu devient tout à fait impossible si l'on admet, comme nous le faisons, qu'il y a dans l'homme une âme, distincte du corps, et capable de se décider librement. Pour ceux qui ont cette croyance (que nous n'avons pas ici à discuter), l'idée de personnalité philosophique reprend toute sa valeur. La définition qu'il faut donner de la personne au point de vue philosophique est celle de saint Thomas : *rationalis naturæ individua substantia*, et cette définition ne peut s'appliquer à la société. Il y a alors entre la

(1) *Id.*, p. 224.

volonté du groupe et celle de l'individu une différence *de nature* qui est essentielle : la volonté de l'individu est une détermination libre qui lui appartient en propre (bien que les influences du monde extérieur et de son organisation physique aient contribué à la former) ; celle du groupe n'est qu'une résultante des volontés des individus ; dans le processus qui aboutit à la former, il n'y a *rien* autre que ces volontés.

Sans doute des esprits subtils et enclins aux rêveries métaphysiques ont pu chercher l'assimilation dans une autre voie, et se demander s'il n'y avait pas une âme des sociétés, comme il existe une âme humaine. L'école organique allemande, fort distincte par ses origines de notre école sociologique, paraît parfois admettre cette idée (1). Mais il nous semble inutile de nous y attarder.

36. 2° Parmi les auteurs qui essaient de démontrer la réalité de la personne morale, en la basant sur la volonté, il en est un grand nombre qui prennent un autre point de départ que l'assimilation des groupes sociaux aux organismes biologiques. Tel est notamment le cas des auteurs qui ont développé ce qu'on a appelé la théorie de la volonté (Willenstheorie). Celui qui l'a exposée, à ce qu'il nous semble, avec le plus de précision, Zitelmann (2), laisse de côté les données sociolo-

(1) Bluntschli, *Théorie générale de l'Etat*, L. I ; nos 5, 6, 7. V. aussi *Psychologische Studien über Staat und Kirsche* (Zurich, 1844).

(2) Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, p. 62 et suiv. La théorie de Zitelmann a été aussi développée par Meurer, *Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen*, p. 84 et suiv. Mais ce dernier auteur dans un ouvrage

giques, et présente une théorie tout idéaliste. Il parle bien d'unité organique, mais il entend par là simplement l'unité des diverses parties concourant à former un tout C'est ce qu'il appelle le principe de l'unité dans la pluralité. Un ensemble d'individus, nous dit-il, devient, dès qu'il est uni organiquement, un être réel nouveau, distinct des individus qui le composent, mais ayant en lui la qualité commune à tous ces individus (1). Cette loi est fondamentale, et on peut la formuler scientifiquement : si deux grandeurs A et B, se réunissent purement et simplement, elles ne forment pas pour cela une individualité nouvelle, et leur réunion donne simplement (A + B). Mais si, à la réunion de ces deux grandeurs, vient s'ajouter une force d'unité organique, A et B forment une troisième grandeur C, différente de l'une et de l'autre, et qui a les qualités communes à A et à B. Cette troisième grandeur n'est point une fiction ; elle a une existence aussi réelle que celle de ses parties. La

postérieur (*Die juristischen Personen nachdeutschem Reichsrecht* Stuttgard, 1901), déclare y renoncer (p. 3), et, tout en maintenant l'idée de réalité de la personne morale, il la base aujourd'hui d'une autre manière, dans laquelle, à ce qu'il nous semble, il se rapproche beaucoup plus qu'il ne l'avoue de la théorie de la fiction. Il nie en effet d'une manière complète l'*unité* formée dans la personne morale par la pluralité des sujets et se contente de dire que le droit *traite* le groupe comme une unité (v. p. 3 et § 5, p. 42 et s.).

(1) Il est curieux de retrouver cette même idée dans une des lettres de jeunesse de Taine (Lettre à Prévôt-Paradol du 11 septembre 1849. *Correspond.*, t. I, p. 101-102). Il explique dans cette lettre que l'Etat est un être ou un individu réel et vivant, et non pas une abstraction. C'est « un grand être, composé de tous les individus de l'Etat considérés sous un aspect commun, et par suite indiscernables en tant que tels, et formant ainsi une unité absolue... Cet être est humain, *puisque tous ses éléments sont humains*. Il est donc exactement dans le même cas que les individus ».

formule du principe est donc : A + B = C, par opposition à : A + B = (A + B).

Le principe ainsi posé, Zitelmann l'illustre par des exemples empruntés à tous les ordres de connaissances. Le corps humain est autre chose qu'une certaine quantité d'oxygène, d'hydrogène, d'azote, autre chose qu'une certaine quantié d'os, de sang, de chairs. Il y a en lui un principe d'unité, résultant de cette force inconnue dans son essence, mais perceptible dans ses effets, qu'on appelle la vie. Il a du reste la qualité commune aux parties qui le composent : comme elles, il est matière. — Le composé chimique est autre chose que la réunion des composants, le principe d'unité, ici, n'est plus la vie ; c'est l'affinité chimique ; la qualité des parties qui se retrouve dans le tout est d'être matière chimique. — De même une œuvre d'art est autre chose qu'un assemblage de sons et de couleurs ; son principe d'unité est dans le but, qui est la recherche du beau. — Une maison est autre chose qu'un assemblage de poutres et de pierres ; ici, encore, c'est le but qui est le principe d'unité. — Parcourez tous les ordres de sciences, et partout la même idée sera applicable.

C'est à cette idée qu'il faut recourir pour expliquer l'existence des *universitates personarum*, ou personnes collectives. Ce qui est uni en elles, ce ne sont point les hommes. Ceci est essentiel dans la théorie ; car, si on voit dans l'homme lui-même l'unité composante, on arrive à conclure que le tout, ayant la qualité commune aux parties, est lui-même un être humain. Non ; ce qui est uni, ce sont les personnes, c'est-à-dire *les volontés*. Ce n'est pas l'homme, en effet, qui est le véritable sujet du droit, c'est la volonté humaine. Comme l'a dit un

autre partisan de la théorie (1), la notion juridique de la personne est tout entière dans la volonté ; pour le Droit, ce que l'on nomme personne physique n'est pas autre chose que la personne juridique, *avec un superflu physique*. Les volontés ainsi groupées ont en elles un principe d'unité qui est la communauté du but ; leur réunion constitue donc un tout organique distinct des parties qui le composent, et qui a la qualité commune à chacune d'elles, c'est-à-dire que, comme elles, il est une volonté.

37. La démonstration, comme on le voit, s'achève dans les formes. A son terme, comme à son point de départ, on trouve une volonté, c'est-à-dire, nous dit-on, un sujet de droit. Le malheur est que tout cet appareil scolastique ne repose sur rien de réel. Il est faux que le droit ne considère en l'homme que la volonté ; ce qu'il a en vue, c'est bien l'homme tout entier, avec ses besoins, ses aspirations, ses désirs, avec son corps et son âme ; le droit n'est pas fait pour une entité abstraite et métaphysique ; il est fait pour l'homme réel. A supposer donc que la mystérieuse opération d'alchimie psychologique décrite par Zitelmann donne le résutat qu'il attend, elle ne nous mène pas au but. Ce qu'elle nous donne, ce n'est pas un être réel, mais une volonté, c'est-à-dire simplement un *attribut* appartenant à un être. Quel est le sujet de cette volonté ? Nous ne le voyons pas. — Il nous semble évident, du reste, que sur le résultat même de l'opération, Zitelmann se fait de singulières illusions ; le prétendu principe que la qualité commune aux parties se retrouve nécessairement dans le tout conduirait parfois à de bien étranges conséquen-

(1) Meurer, *Begriff und Eigenthümer*, p. 74.

ces ; en tout cas il aurait besoin d'être démontré. Mais il nous paraît inutile d'insister sur ce point. L'objection fondamentale à nos yeux, c'est que la théorie est fausse parce qu'elle est basée uniquement sur la volonté, et que sur ce fondement unique on ne peut construire solidement.

La théorie précédente n'est du reste applicable qu'aux corporations. Pour les fondations, Zitelmann en a une autre : ici la volonté qui est le sujet du droit est celle du fondateur lui-même ; celui-ci a objectivé sa volonté par rapport à la fondation ; il l'a en quelque sorte cristallisée en transformant sa faculté de vouloir en une obligation de vouloir, ou mieux en une impossibilité de vouloir autrement (1). Elle subsistera donc, toujours dirigée vers le but qu'il lui a assigné, et suffira pour animer la fondation pendant toute sa durée. — Mais on a répondu (2) (et l'objection est si convaincante qu'il nous paraît inutile d'y insister), qu'une volonté détachée de l'homme ne peut être sujet de droit : « La volonté n'a de force que comme faculté de vouloir ; comme série de volitions successives, elle n'en a pas. » Si le sujet de droit est la volonté (ce que pour notre part nous contestons), en tout cas ce ne peut être la volition. Sinon on arriverait à multiplier les sujets de droit d'une manière tout à fait arbitraire. Or, le système aboutit bien à personnaliser, non la volonté vivante du fonda-

(1) Le *Wollendürfen*, nous dit Zitelmann, s'est transformé en *Wollenmüssen*, ou mieux en *Nichtanderswollenkönnen*.

(2) V. la réfutation de M. de Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations*, p. 436. A nos yeux cette réfutation n'est vraiment décisive qu'en ce qui concerne la *théorie des fondations* ; elle ne l'est pas en ce qui concerne la théorie des corporations que nous avons analysée plus haut.

leur, mais un acte de cette volonté, une volition, et le résultat est de lui donner une efficacité qu'on peut considérer comme contre nature. La volition d'une volonté morte ne doit pas avoir les mêmes pouvoirs qu'une volonté vivante (1).

38. 3° En France, la théorie de la personnalité morale basée sur la volonté a trouvé sa première expression dans Rousseau (2). Le contrat social, acte de volonté des contractants, en même temps qu'il établit l'Etat, fonde sa personnalité. C'est ce que Rousseau explique très nettement comme conclusion du chapitre même dans lequel il explique en quoi consiste le contrat social : « A l'instant, nous dit-il, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit *un corps moral et collectif*, composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son *moi* commun, sa vie et sa volonté » (3). Le mobile de ces volontés individuelles est un intérêt commun à *tous* les contractants ; d'où résulte qu'il n'y a de contrat social formé que par l'unanimité des adhésions : « Il n'y a qu'une

(1) Gierke considère la théorie de Zitelmann sur les fondations comme se rapprochant de la vérité (*Deutsches Privatrecht*, t. I, p. 648, note 18), et il voit lui-même dans la volonté du fondateur l'*âme* de la fondation (*id.* p. 647). Mais il ajoute que son *corps* est représenté par le groupe humain organisé en vue de la réalisation de cette volonté. Cela seul l'éloigne beaucoup de la théorie de Zitelmann. Le fait qu'il cherche dans la volonté son point de départ l'entraîne seulement à donner trop d'importance au groupe qui administre la fondation et pas assez au groupe des destinataires.

(2) Ce point a été très bien mis en lumière par M. Achille Mestre dans la *Revue du Droit public*, t. XVIII, p. 447 et s. Il serait d'ailleurs facile de rattacher les idées de Rousseau sur ce point à celles de ses prédécesseurs, par ex. de Hobbes. *De cive*, ch. V, nos 8 et 9.

(3) *Contrat social*, L. I, ch. VI.

loi qui exige de sa nature un consentement unanime, c'est le pacte social ; car l'association civile est l'acte du monde le plus volontaire... Si donc, lors du pacte social il s'y trouve des opposants, leur opposition n'invalide pas le contrat, elle empêche seulement qu'ils n'y soient compris ; ce sont des étrangers parmi les citoyens. Quand l'Etat est institué, le consentement est dans la résidence ; habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté » (1). Cette conception de l'Etat, Rousseau paraît bien, toutes proportions gardées, et d'ailleurs sans y insister, l'appliquer à toute association ; il constate en effet que toute société politique est composée d'autres sociétés plus petites et que « tous les particuliers qu'un intérêt commun réunit en composent autant d'autres permanentes ou passagères (2) ». Ces sociétés ont, comme le corps social, leur volonté ; on sait que Rousseau en est d'ailleurs l'adversaire, et qu'il est un des premiers inspirateurs de la défiance des législateurs modernes pour les groupements particuliers, les « associations partielles » qui se font « aux dépens de la grande » (3). Il veut qu'on les interdise, mais il ne voit nullement dans la personnalité de ces groupements une concession de l'Etat ; pour eux comme pour ce dernier, la personnalité est spontanée et résulte de l'union des volontés ; l'Etat intervient, non pour accorder ou refuser la personnalité, mais pour permettre ou interdire le groupement lui-même.

A côté de ces personnes morales, nées de groupe-

(1) *Id.*, L. IV, ch. II.

(2) *De l'Economie politique. Œuvres.* t. III, p. 281 (V. Mestre, *op. cit.*, p. 453).

(3) *Contrat social,* L. II, ch. III. Il ajoute que « s'il y a des sociétés partielles, il faut en multiplier le nombre ». Mais en principe c'est bien l'interdiction qui a toutes ses préférences.

ments volontaires, il en est d'autres qui sont suscitées, par l'Etat lui-même pour seconder ses vues ; ce sont celles que nous appelons aujourd'hui établissements publics (par exemple, suivant Rousseau, les sociétés savantes). Parmi elles, il classe le gouvernement lui-même en qui voit une personne distincte de l'Etat, « corps intermédiaire établi entre les sujets et le souverain », « nouveau *corps* dans l'Etat, distinct du peuple et du souverain, et intermédiaire entre l'un et l'autre » (1). Mais, même pour ces personnes morales non spontanées, l'élément essentiel de la personnalité est encore la volonté. Le gouvernement, par exemple, a une « volonté de corps » ; en sorte que « nous pouvons distinguer dans la personne du magistrat trois volontés essentiellement différentes : premièrement la volonté propre de l'individu qui ne tend qu'à son avantage particulier ; secondement, la volonté commune des magistrats qui se rapporte uniquement à l'avantage du prince, et qu'on peut appeler la volonté de corps, laquelle est *générale par rapport au gouvernement* et *particulière par rapport à l'Etat* ; en troisième lieu, la volonté du peuple ou la volonté souveraine, laquelle est générale tant par rapport à l'Etat considéré comme le tout, que par rapport au gouvernement considéré comme partie du tout » (2).

Rousseau a donc une conception *unique* de la personnalité morale ; il la base sur la volonté générale qui se forme au sein d'un groupement par la réunion des volontés des membres du groupe. Il nous fait du reste toute une théorie de cette volonté générale, qui n'est autre chose que la somme des volontés individuelles *en*

(1) *Id.*, L. III, ch. I.
(2) *Id.*, L. III, ch. II.

tant qu'elles regardent à l'intérêt commun et après qu'on en a élagué les éléments divergents, « les plus et les moins qui s'entre-détruisent » (1). Mais au fond il ne nous donne aucune théorie complète sur la personnalité morale ; car il ne nous explique pas *comment*, de cette fusion des volontés aboutissant à ce qu'il appelle la volonté générale, naît une personne distincte (2). Malgré les comparaisons organicistes qui reviennent souvent sous sa plume, il ne paraît pas admettre au sens propre du mot, la théorie organique (3) ; et il ne voit pas, dans l'Etat ou les associations, autre chose que leurs membres, considérés, à vrai dire, sous un certain angle. L'explication que la théorie organique ne lui fournit pas, il ne l'essaie d'ailleurs même pas par une autre voie. Sa théorie est donc certainement insuffisante. Mais il est incontestable qu'on peut le considérer comme le précurseur des auteurs qui, chez nous, ont essayé récemment de baser sur la volonté une théorie complète de la personnalité morale.

39. L'une des théories les plus remarquables essayées dans ce sens est celle qui a été présentée par M. Hauriou (4). L'idée fondamentale qu'il introduit dans le débat est celle de la réalité du phénomène de la représentation. Passant en revue ce phénomène dans ses diverses

(1) *Id.*, L. II, ch. III. — « Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale ; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun ; l'autre regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières ; mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s'entre-détruisent, reste pour somme des différences la volonté générale ».

(2) Cpr. Mestre, *op. cit.*, p. 457, note 1.

(3) V. sur ce point les explications de M. Mestre, p. 464 et s.

(4) Dans un article de la *Revue générale du Droit*, 1898, p. 5 et dans ses *Leçons sur le mouvement social*, p. 92 et s., et 2e Append., p. 144 et s.

manifestations, il montre qu'il ne repose point sur une fiction, mais bien sur un fait réel qui est la fusion de la volonté des représentants avec celle des représentés. Dans une œuvre collective notamment, il se dégage, sur toute décision à prendre, une volonté humaine qui, par le jeu des forces intérieures du groupe, devient maîtresse des autres volontés et s'impose. Cette fusion des volontés n'est sans doute point parfaite. Le Droit, pour considérer la volonté ainsi dégagée comme une volonté unique et persistante, est obligé de donner à ce phénomène une continuité et une importance qu'il n'a pas entièrement dans la réalité. Mais ce sont là les procédés familiers au Droit. Partout, et même dans la notion de personnalité individuelle, il opère par voie d'abstraction en mettant en relief certains phénomènes qui sont réels, mais qui dans la réalité sont plus complexes ou plus intermittents que les abstractions juridiques auxquelles ils correspondent : « La personnalité juridique individuelle nous apparaît continue et identique à elle-même ; elle naît avec l'individu, elle est du premier coup constituée ; elle demeure toujours la même pendant l'existence ; elle soutient sans défaillance, pendant des années, des situations juridiques immuables ; elle veille pendant que l'homme sommeille ; elle reste saine pendant qu'il déraisonne ; parfois elle se perpétue après la mort, puisqu'il y a des successeurs qui sont continuateurs de la personne. Or, dans la réalité des choses, les volitions des hommes sont intermittentes, changeantes, contradictoires ; non seulement elles ne persistent pas dans le même objet, mais elles y varient constamment. Sur cette physionomie agitée, tumultueuse, bouleversée par tous les caprices et toutes les passions, qu'est la face volontaire

de l'homme, le Droit a appliqué un masque immobile » (1). Les volitions de la personne morale, comme celles de la personne physique, ne sont pas toujours les mêmes, et ne sont pas toujours en acte. Il suffit qu'elles existent, qu'elles soient l'œuvre de la réalité ; le Droit s'emparera d'elles et en fera la base de la personnalité juridique collective : « La part de la fiction n'est pas plus grande d'un côté que de l'autre et d'ailleurs cette fiction n'est point l'œuvre de l'autorité publique, mais celle du millieu social » (2).

Il y a dans ces observations une grande part de vérité. Mais remarquons tout d'abord qu'on ne peut guère les appliquer qu'aux associations purement volontaires. Dans celles-ci il y a toujours, derrière les résistances que peut provoquer chez une partie des membres une décision prise en leur nom, au moins une volonté persistante commune : celle de continuer l'œuvre collective. Par là les membres mêmes qui ont combattu la décision l'acceptent implicitement, puisqu'ils ne cessent pas de faire partie de la société. On peut donc, sans s'éloigner des faits, parler de fusion de volontés, et d'unanimité. Mais il n'en est déjà plus de même dans les groupements politiques, tels que l'État et la Commune, qui ne sont pas purement volontaires. Là où l'unanimité n'est jamais obtenue, et où les décisions du groupe ne s'imposent que par la force à la minorité, il y a une très large part de fiction à dire que toutes les volontés se confondent en une union réelle. Et cette part s'élargit encore si l'on

(1) Article précité, p. 149 et *Leçons sur le Mouvement social*, p. 149.
(2) Article précité, p. 136.

considère les fondations. M. Hauriou lui-même (1) avoue qu'il y a, en ce qui les concerne, quelque difficulté à apercevoir le groupe des représentés derrière le groupe des représentants formé par les administrateurs de l'établissement. Il n'y a d'autres représentés que les bénéficiaires de la fondation, malades, pauvres, étudiants, etc. Il faut donc admettre que c'est la volonté de ces bénéficiaires qui, fusionnée avec celle des administrateurs, forme la volonté de l'être moral! Mais qui ne voit que c'est là de la fiction pure, une fiction bien plus grave que celle que l'on trouve à la base de la personnalité individuelle, puisqu'elle consiste, non pas seulement à donner à la volonté d'une personne une continuité plus grande, mais à lui attribuer une volonté qu'elle n'a pas?

D'autre part, la théorie ainsi construite soulève une autre objection. En admettant ce phénomène réel de fusion des volontés, pourquoi attribuera-t-on la volonté ainsi formée au groupe, et non pas à chacun des membres qui le composent? On dit bien que « ces volitions s'organisent en un faisceau, de manière à produire une unité » (1). Mais dans la réalité elles restent des volitions individuelles conformes entr'elles. L'opération est toute semblable à celle qui s'accomplit dans mille cas divers où il y a fusion de volonté sans qu'on ait songé à parler de personnalité morale : décisions prises en commun par des copropriétaires, par des créanciers d'une faillite, par les époux dans la société conjugale, par les membres d'une société non personnalisée, par les membres d'un parti politique organisé, etc. Le système ne

(1) Article cité, p. 133.
(1) *Ib.*, p. 134.

fournit aucun critérium qui permette de distinguer les phénomènes de ce genre de celui de la personnalité juridique. C'est qu'en réalité il se borne à essayer de démontrer que *pratiquement*, *socialement* la volonté des représentants doit être considérée comme celle du groupe lui-même. Or cela est vrai non seulement dans les groupements personnalisés, mais dans tous les groupements organisés. Et cela d'ailleurs ne suffit pas, au point de vue d'un système qui base la personnalité sur la volonté, à démontrer la thèse ; elle ne le serait que si on prouvait l'existence *réelle* d'une volonté distincte.

M. Hauriou est revenu sur la question dans ses *Leçons sur le Mouvement social* (1). Mais il ne nous semble pas avoir modifié sensiblement sa théorie. Il appuie l'unité de la volonté corporative sur ce qu'il appelle l'*unité représentative*, c'est-à-dire la concordance des représentations mentales existant à l'intérieur de la corporation. « Il faut qu'à l'intérieur de la corporation et autour d'elle dans le milieu social, il se produise une unanimité de représentations mentales d'où jaillisse la conception des droits corporatifs. Ces représentations mentales ne peuvent qu'être l'œuvre de la solidarité représentative. Les membres de la corporation se font une idée de l'association, de son but, de ses intérêts, des droits qu'il lui faut, des actes nécessaires pour exercer ces droits. Sur tous ces points, l'unité représentative s'accomplit, non point en vertu de l'unité de l'organisme, mais par unanimité... Les droits réalisés sont ceux voulus par l'unanimité des volontés fondues en une représentation mentale unique. Dès lors je conçois qu'ils puissent être attribués à une

(1) P. 92 et suiv., et 2e Appendice, p. 144 et suiv.

personne morale unique ». C'est là exprimer, en termes différents, l'idée de fusion des volontés par la représentation. Seulement, dans ces nouvelles explications, l'auteur mélange, avec cette théorie de l'unanimité, la théorie organique. Quand l'unanimité n'est pas obtenue, la contrainte devient nécessaire ; elle est fournie par l'organisme social, dans l'intérêt de l'organisme lui-même, c'est pour cela que, lorsque l'unanimité ne peut être obtenue en fait, on vote à la majorité, et que la décision prise par la majorité est censée prise par tous. Mais n'est-ce pas là détruire le système? Si la contrainte de l'organisme apparaît, c'est précisément parce que la fusion des volontés n'existe pas ; ce n'est plus qu'artificiellement, par fiction, que l'on peut considérer la volonté des personnes qui composent la majorité comme celle de l'être moral. M. Hauriou fait en somme ici lui-même à sa théorie l'objection que nous présentions plus haut (1).

41. 4° M. Boistel (2) a creusé la question plus profondément par cela seul qu'il est parti, dans ses spéculations, de la définition même de la personnalité, et qu'il a dû en conséquence montrer que les personnes morales correspondaient à cette définition. Pour lui, si l'homme est une personne « c'est qu'il a sur ses actes un pouvoir suprême de direction que n'ont pas les autres êtres » (3). La personnalité n'est pas autre chose que la *liberté* en

(1) Cpr. dans le sens de M. Hauriou, la thèse de M. Achille Mestre sur *les Personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale* (Paris, 1899, notamment p. 191 et suiv.).

(2) *Cours de philosophie du droit*, t. II, p. 23 et s., et *Conception des personnes morales* (Rapport présenté au 2e Congrès international de philosophie tenu à Genève du 4 au 8 septembre 1904. Genève, Kündig, éditeur).

(3) *Conception des personnes morales*, p. 6.

prenant bien soin de ne pas entendre ce mot dans le sens de « liberté d'indifférence », mais dans le sens de faculté de se diriger soi-même suivant une lumière supérieure (1). C'est l'*activité volontaire* de l'homme activité réfléchie, éclairée par la raison, activité dans laquelle il est lui-même le maître de la direction suprême de ses actes, qui constitue sa personnalité ; car c'est précisément par là qu'il est susceptible d'avoir des droits et des devoirs. Ces mots n'auraient pas de sens à son égard s'il n'était qu'un être passif subissant aveuglément les forces de la nature.

La définition du mot *personne* étant ainsi donnée, la question est de savoir si elle ne peut pas s'appliquer à autre chose qu'aux individus humains. Or, dit l'auteur, elle s'applique également à des *groupes de personnes*, « pourvu que comme groupe elles soient douées des mêmes puissances d'action et d'un pouvoir semblable d'imprimer à ces puissances une direction effective » (2). Et il essaie de démontrer que les groupes qualifiés de personnes morales remplissent cette condition. La plupart de ces personnes en effet se ramènent au type de la société, c'est-à-dire de la collaboration volontaire de plusieurs personnes vers un bien commun, par des moyens communs. La société ainsi comprise est « une puissance directrice, intelligente et libre, d'un ensemble de forces naturelles » (3), par conséquent une personne ; et ce qui constitue cette personne, c'est « le faisceau de volontés des associés, en tant que ces volontés se dirigent d'accord vers le but social » (4).

(1) *Id.*, p. 9.
(2) *Id.*, p. 13.
(3) *Id.*, p. 15.
(4) *Id.*, p. 16.

42. Nous sommes absolument d'accord avec M. Boistel sur le sens philosopbique du mot personne. Nous considérons comme très juste l'analyse si fine qu'il présente du dédoublement de la volonté des associés, et des moyens mis en œuvre pour donner à leur volonté la part qui lui revient dans la direction de l'activité commune. Mais il ne nous semble pas qu'il réussisse à démontrer l'existence de la personnalité sociale. Au contraire ses prémisses auraient dû le conduire à admettre que dans la société, les seules véritables personnes sont les associés eux-mêmes ; car ce n'est pas la *société* qui a le pouvoir directeur, l'activité libre et intelligente, telle qu'il l'a définie, ce sont les *associés*. Le point où nous commençons à nous séparer de lui se trouve dans l'une des phrases que nous citions plus haut. Les groupes de personnes, nous dit-il, devront jouer le même rôle que les personnes physiques, « pourvu que comme groupe, *elles*, (c'est-à-dire les personnes groupées) soient douées des mêmes puissances d'action... » Il aurait dû dire, croyons-nous pour démontrer sa thèse : les groupes de personnes seront eux-mêmes des personnes, si *ces groupes* sont doués de la même puissance d'action. Mais cette démonstration n'est évidemment pas possible. Les volontés dirigeantes, ce sont toujours celles des associés ; et le fait qu'elles se dirigent en commun vers un but commun n'en change pas la nature. Faisceau de volontés, soit ! Mais non volonté ayant une existence propre et distincte de celle des associés.

Cette manière de concevoir la personnalité n'aboutit d'ailleurs pas plus que celle de M. Hauriou à indiquer d'une manière satisfaisante la limite du concept. Il y a faisceau de volonté dans toute société ou association

quelle qu'elle soit ; toute société ou association est donc personne morale. M. Boistel ne recule pas devant cette affirmation qu'il applique notamment à la société conjugale (1). Mais il ajoute que, dans certaines sociétés, cette personnalité n'existe qu'*entre les parties, dans les rapports des associés entre eux*, et non à l'égard des tiers ; et il donne pour preuve de cette personnalité partielle (en droit positif français), les textes du Code civil sur les sociétés (art. 1845-1847, 1850-1852), qui parlent de dettes et de créances entre la société et les associés. Or ces termes ne sont point démonstratifs de la pensée du législateur, car le mot *société* peut fort bien y être une expression abrégée pour désigner les associés ; il ne prouve pas plus que les mots *dette sociale*, *obligation contractée pour le compte de la société*, qui se trouvent dans les textes relatifs aux rapports de la société avec les tiers (art. 1862-1864). Au fond, il nous paraît peu logique d'admettre la personnalité à l'égard de certains rapports juridiques seulement, et précisément pour les rapports internes dans lesquels elle joue assurément un rôle moins important que dans les rapports externes.

43. Toutes ces théories échouent à nos yeux parce qu'elles veulent trop prouver. Elles ne posent pas seulement une thèse appartenant à la technique juridique, elles entreprennent de démontrer que les groupements ont une personnalité philosophique analogue à la personnalité humaine. Dans cette voie on ne peut aboutir. Il faut séparer nettement le point de vue juridique du point de vue philosophique. Jellinek, avec qui nous

(1) V. *Cours de philosophie du droit*, t. II, nos 315 et 344 et s. V. aussi *Cours de droit commercial*, 4e éd., p. 126-127.

sommes tout à fait d'accord sur cette idée (1), n'arrive cependant pas, suivant nous, à la véritable solution parce qu'il conserve une trop grande part à la volonté dans la notion qu'il se fait de la personne juridique. Voyant en elle un élément essentiel de la personne, qui doit se trouver *en elle-même*, il est réduit à dire qu'il s'y trouve non pour le philosophe mais pour le juriste, et cela nous paraît, malgré ses ingénieuses explications, insuffisant, parce que cela consiste simplement à substituer une fiction à la réalité. Voici l'exposé que l'auteur nous fait de sa théorie dans l'ouvrage où, à propos de la personnalité de l'Etat il l'a développée le plus complètement, le *System der subjectiven öffentlichen Rechte* (2).

Il y a, nous dit-il, suivant le point de vue auquel on se place des notions différentes d'un même objet, notions qui ne doivent point se contredire mais qu'on ne peut confondre sans commettre un vice de méthode. Pour le physiologiste et le psychologue par exemple, une symphonie de Beethoven n'existe pas comme objet distinct; elle n'est qu'une succession de mouvements produisant une succession de sensations. Pour l'esthéticien au contraire, elle est une chose distincte, qui existe au moins dans le monde des sentiments esthétiques, et qui doit être étudiée comme telle. Il en est de même des institutions juridiques. La question qui se pose au juriste n'est pas de savoir si elles existent dans le monde physique comme des êtres individuels; il se demande seulement comment on doit les concevoir dans le monde des relations humaines, auquel seul elles appartiennent.

(1) V. not. *Allgemeine Staatslehre*, p. 160-161.

(2) Notamment p. 13 et s., p. 28 etc.



Rien de plus dangereux que de confondre les deux genres de notions : « Le synchrétisme méthodique compte parmi les vices scientifiques de notre époque. La méthode des sciences naturelles, la recherche empirique, l'investigation biologique entrent en scène, et nous apportent des découvertes sensationnelles. D'un côté, on avertit le juriste que l'Etat, n'ayant ni tête ni jambes, ne peut pas être une personne. De l'autre on découvre comme une vérité destinée à faire époque, que l'Etat forme avec les bacilles, les fougères, les mammifères, les associations et les corporations, une grande catégorie d'individus semblables dans leur essence. » Le monde juridique n'est pas un monde physique. C'est un monde d'êtres qui n'existent que dans la pensée de l'homme, qui toutefois ne sont pas des fictions, mais des abstractions, c'est-à-dire des notions générales dérivées du monde réel à peu près comme les notions mathématiques. On n'a jamais nié l'existence du point ou de la ligne, ni traité $\sqrt{2}$ comme une fiction, sous prétexte que ce ne sont pas là des choses visibles et saisissables. Le juriste n'a pas à rechercher quelle est l'essence physique de l'Etat, mais seulement ce qu'il est dans le monde juridique.

Or, en se plaçant à ce point de vue tout relatif, on trouve dans l'Etat (comme dans toute personne collective), deux caractères. En premier lieu il est une unité de personnes (1). L'idée d'unité est dans le monde pratique une idée toute subjective : la seule unité réelle serait

(1) L'auteur qui parle ici spécialement de l'Etat, ajoute : « avec un fondement territorial ». Nous supprimons ces mots pour embrasser dans la démonstration toutes les personnes collectives.



l'atôme; les unités dont nous admettons l'existence ne sont telles que dans notre esprit; elles se composent d'éléments distincts, soit dans le temps, soit dans l'espace, éléments que nous réunissons par la pensée à raison d'un caractère commun qui leur appartient. Dans le monde juridique, ce caractère commun, c'est le but. On le retrouve dans toutes les parties du domaine du droit: si le droit envisage une chose déterminée comme un objet distinct, c'est parce que, comme telle, elle peut servir à l'un des besoins de l'homme. Pour le physicien ou le chimiste, il n'y a pas des tables, des chaises, des maisons, mais seulement du bois, de la pierre, ou du métal C'est le but qui individualise ces objets. C'est le but aussi qui individualise, au point de vue du droit, les actions humaines, qui fait par exemple qu'un délit ou un acte juridique sera considéré comme une chose unique, alors même qu'il se compose d'actes isolés par le temps. C'est le but enfin qui donne l'unité à des successions ou à des réunions d'individus: la succession des fonctionnaires remplissant un emploi, ou des sentinelles montant la garde à la porte du général; la réunion formée par une famille, une association, une corporation. Au point de vue absolu, il n'y a là que des hommes qui se succèdent, ou qui entrent en relation les uns avec les autres; au point de vue juridique, il y a là de véritables unités, agglomérées, maintenues, cimentées, par l'unité du but.

L'État qui constitue ainsi une unité constitue aussi une personnalité. C'est encore là une notion purement juridique (1), qui n'exprime autre chose que la capacité

(1) Jellinek insiste sur cette idée (du reste admise en dehors de lui par la plupart des auteurs), que l'idée de personnalité juridique

d'être sujet de droit. Si elle existe au profit de l'homme individuel, ce n'est pas en vertu de la nature elle-même, c'est seulement en vertu du droit, et à la suite d'un long développement historique. Jellinek admet, comme les auteurs précédents, que le sujet de droit doit avoir nécessairement une volonté personnelle. Mais à ses yeux l'Etat comme toute personne collective, est capable d'avoir une volonté qui n'a rien de fictif. Nous concevons, dit-il, cette volonté comme une volonté distincte, en vertu de la même nécessité intellectuelle qui nous fait admettre l'unité de la personne collective. Du moment que cette unité existe, nous devons lui attribuer, *au moins au point de vue de la raison pratique*, les actes de volonté qui la dirigent vers son but. Ces actes seront donc *dans le monde physique des actes de volonté des individus* (1), *mais dans le monde juridique des actes de volonté de la collectivité*. Il n'est pas besoin pour cela qu'une loi le reconnaisse. Si nous les considérons comme tels, c'est en vertu d'une nécessité de notre esprit qui s'applique à toute unité d'individus organisée en vue d'un but, alors même qu'il s'agirait d'une association de malfaiteurs ou de tout autre groupement illicite. Mais cette personnalité de fait ne devient une personnalité juridique qu'en vertu du Droit, qui fait, de l'organe de la volonté de fait, un organe juridiquement reconnu.

doit rester une notion purement juridique. A ce point de vue, il n'existe pas de personne naturelle ; l'homme comme les êtres collectifs, ne devient une personne juridique que par l'établissement du règne du droit.

(1) Jellinek est très ferme sur ce point, et combat nettement la théorie de la volonté de l'organisme. C'est nous qui soulignons ce passage particulièrement caractéristique.

44. Cette théorie a le mérite de poser nettement la question sur son véritable terrain, et de renoncer à une démonstration métaphysique de la personnalité. Nous sommes d'accord avec elle sur cette idée essentielle que la notion qu'il s'agit de dégager est une notion purement juridique. Elle a seulement le tort, à nos yeux, de maintenir comme indispensable, dans la notion de personne, celle d'une volonté lui appartenant en propre. Elle s'oblige par là à démontrer que les personnes collectives sont douées de volonté, et cette démonstration, en réalité, elle ne la fait pas. Elle équivaut à dire que les personnes morales n'ont point de volonté, mais que, par une conception naturelle de notre esprit, nous lui attribuons la volonté des personnes physiques. Les partisans de la fiction ne disent guère autre chose, et s'abstiennent seulement d'insister sur le caractère nécessaire de l'opération. Aussi les Germanistes reprennent-ils sévèrement Jellinek, en faisant observer que ce n'est pas mettre de côté la fiction que de l'exprimer en termes différents (1). D'autre part, la théorie de Jellinek s'expose au reproche si souvent encouru par les juristes d'oublier les faits de la vie réelle pour se jeter dans le

(1) Preuss, dans *Archiv. für öffentliches Recht*, 1889, p. 80 ; et dans *Gemeinde Staat*... p. 154. V. une discussion détaillée de la théorie de Jellinek dans l'*Handworterbuch der Staatswissenschaften* de Conrad (2e éd., t. VI, p. 914, au mot Staat). Edgard Löning, l'auteur de cet article fait observer que la théorie confond la *notion* ou *représentation* de la personne avec son *objet* Ce n'est pas la *notion de personne* qui est douée de personnalité, c'est l'être, quel qu'il soit, auquel s'applique cette notion. Il ne suffit donc pas de dire que le juriste se fait une notion particulière de la personne ; il faut dire quelle est cette notion et montrer qu'elle s'applique aux groupes dont il s'agit de démontrer la personnalité. Cette démonstration, en réalité Jellinek ne la donne pas.

monde des abstractions. Elle ne montre pas comment l'abstraction, qui est nécessaire, se relie à la réalité. Elle permet de soutenir que les faits sont, ici, non seulement interprétés, mais transformés. Par quel coup de baguette magique, en effet, la volonté des individus devient-elle la volonté du groupe? On ne nous l'explique pas, sinon en nous disant qu'il est nécessaire pratiquement que le Droit la considère comme telle, et, étant donné le point de départ, cela ne nous satisfait pas.

IV

45. Si l'on tombe dans toutes ces difficultés d'où il est impossible de sortir, c'est, croyons-nous, qu'on a pris un faux point de départ dans la définition du droit subjectif telle que nous l'avons donnée plus haut (1). Comme définition descriptive elle n'est point inexacte, elle exprime le résultat tangible que produit, au profit de son titulaire, le droit subjectif, résultat qui est de donner à sa volonté (ou à la volonté qui le représente) un certain pouvoir que la loi protège. Mais elle n'exprime pas le fondement et l'essence même du droit. Il est pas vrai que ce fondement se trouve dans la volonté. La puissance reconnue à celle-ci par la loi n'est qu'une conséquence, conséquence qui, il est vrai, se produit nécessairement, mais qui peut se

(1) La théorie que nous développons dans les pages suivantes est, au moins quant au point de départ, celle qui a déjà été émise par certains auteurs : Bernatzik, dans *Archiv. für öffentliche Recht*, 1890 (t. V), p. 169 et suiv. ; Karlowa, dans *Grünhut's Zeitschrift*, t. XV (1888), p. 381 et suiv. ; Rosin, dans *Annalen des deutschen Reichs*, 1883, p. 286 et suiv. Nous jugeons peu utile de préciser les points de détail qui nous séparent de ces auteurs, ou qui les séparent entre eux.

produire au profit d'une autre volonté que celle du titulaire du droit.

46. 1° Pour prouver cette assertion, on peut invoquer tout d'abord, comme l'a fait Ihering (1), la situation des êtres humains dénués ou à peu près dénués de volonté, tels que le fou ou l'*infans*. L'absence de volonté chez eux n'a jamais empêché de leur reconnaître une personnalité et de leur attribuer des droits. Elle a eu seulement pour effet d'obliger le législateur à déléguer l'exercice de ces droits à des représentants légaux. Par quoi cependant s'explique cette personnalité ? On a dit que la volonté de ces personnes existait au moins en germe, l'enfant pouvant grandir, et le fou arriver à la guérison (2). Mais la réponse est manifestement insuffisante, car elle mènerait à conclure que leur personnalité, elle aussi, n'existe qu'en germe, et que les droits qui lui sont rattachés doivent disparaître rétroactivement — comme ceux de l'enfant conçu et non encore né — si le germe ne se développe pas. On a dit aussi, et l'objection paraît au premier abord plus sérieuse, qu'en réalité ces personnes ne sont nullement dénuées de volonté : « L'enfant et le fou, dit M. de Lapradelle (3), présentent dès maintenant une réflexion et une volonté, l'une naissante, l'autre malade, mais dont la faiblesse chez le premier, et l'altération chez le second supposent l'existence, car on ne qualifie pas le néant. » Et l'observation est très exacte, mais elle ne résout pas la difficulté. Car ce n'est pas cette volonté naissante ou malade qui peut

(1) *Esprit du droit romain*. Trad. Guenoux, t. IV, § 70, p. 319 320.

(2) Roguin, *La règle du droit*, p. 395.

(3) *Théorie et pratiqve des fondations*, p. 429.

être le fondement des droits qu'on leur reconnaît ; la preuve en est qu'on n'accorde à cette volonté aucun effet, et que lorsqu'elle vient à se manifester, la loi n'en tient pas compte, mais lui substitue une volonté étrangère. Si l'on ne cherche pas ailleurs que dans la volonté la raison d'être du droit, on est obligé logiquement de dire que le titulaire du droit n'est autre que celui dont la volonté est protégée, par conséquent le représentant, toutes les fois que la représentation n'est pas purement volontaire. Et alors le fou, l'*infans*, et d'une façon générale tout incapable frappé d'incapacité absolue, ne peuvent plus être que des personnes fictives, sur qui on transporte artificiellement le bénéfice de droits qui en réalité appartiennent à d'autres (1).

47. Mais on peut, en quittant ce terrain un peu étroit, arriver à une démonstration plus complète. Même chez l'être juridique par excellence, chez l'homme adulte et maître de ses droits, ce n'est pas la volonté en elle-même et pour elle-même qui est protégée. Elle n'en serait pas toujours digne, puisqu'elle peut se déterminer soit pour le bien, soit pour le mal (2). Aussi tout acte de volition

(1) Certains auteurs n'ont pas reculé devant cette logique. Bierling, *Zur Kritik der juristischen grundbegriffe* (1883), t. II, nº 165.

(2) Fouillée, *Idée moderne du droit*, p. 203. Tout en critiquant le libre arbitre, M. Fouillée démontre que ce libre arbitre, s'il existe, n'est pas digne d'être protégé pour lui-même : « Cette faculté attribuée à l'homme de vouloir une chose quand il pourrait vouloir l'opposé n'est qu'une force à double effet, comme la force de la vapeur, qui peut faire aller une locomotive aussi bien en arrière qu'en avant ; mais la locomotive est-elle plus sacrée et plus inviolable parce qu'on y peut renvoyer la vapeur et appliquer la force motrice à deux fins... ? »



n'est-il pas protégé. Le Droit distingue parmi les manifestations d'une même volonté ; il donne aux unes sa sanction, il la refuse aux autres. Pourquoi cela ? Parce que, ce que le Droit veut protéger quand il sanctionne une volonté, ce n'est pas l'acte de volition en lui-même, c'est son contenu. On ne peut pas vouloir sans vouloir *quelque chose* (1) ; c'est ce quelque chose qui est l'objet de la protection légale, non pas uniquement parce qu'il est voulu, mais parce qu'il est conforme à l'idéal, quel qu'il soit, que le législateur s'est formé de l'ordre et de la justice. La loi protège, non la volonté, mais l'intérêt que cette volonté représente.

48. Avant de répondre aux objections que cette doctrine peut soulever, il importe de bien la préciser. L'intérêt est l'élément fondamental du droit ; le titulaire du droit est l'être collectif ou individuel, dans l'intérêt de qui ce droit est reconnu. Mais cela ne veut pas dire que la volonté ne soit pas aussi dans le droit un élément

(1) Jellinek. *System der subj. offent. Rechte*, p. 40. On arrive à un résultat un peu analogue au nôtre si l'on admet, avec M. Boistel (*Cours de philosophie du droit*, nº 79, et *passim*), que le droit a sa base dans l'acte de volonté *protégé par la loi morale*. Le fondement du droit n'est plus, comme dans l'école libérale pure, la liberté d'indifférence, mais uniquement la liberté tendant au bien. Au fond, dans ce système, c'est bien plus le contenu de la volonté que la volonté elle-même qui est élevé par la loi à la dignité de droit positif. Sans doute on peut dire — et nous l'admettons — que le législateur doit reconnaître comme droit toute activité libre protégée par la loi morale. Mais comme il est seul compétent en fait pour déterminer les idées morales dont il s'inspire, cela équivaut à dire qu'il protège les intérêts qui lui paraissent en harmonie avec l'idéal qu'il se fait de l'ordre et de la justice. Il les protège du reste comme nous l'expliquons à la suite du texte, en donnant aux volontés humaines le pouvoir de les réaliser.

essentiel ; elle est seulement un élément plus secondaire, parce qu'elle n'est pas la cause du droit et qu'elle ne réside pas nécessairement dans son titulaire. Toutefois elle ne peut être complètement absente ; il ne serait pas exact de dire purement et simplement, comme l'a fait M. Ihering (1), que le droit est un intérêt juridiquement protégé. Il y a des intérêts répondant à cette définition qui ne sont pas pour cela élevés à la dignité de droits : l'intérêt des fabricants et des ouvriers protégés contre la concurrence par un droit de douane ; l'intérêt des indi-

(1) *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 326 et 337. Cpr. Roguin, *La règle du droit*, p. 85. Cet auteur élimine complètement l'élément *volonté*. Quant à Ihering, il fait lui-même, p. 337, l'observation que nous signalons sur les intérêts qui, bien que protégés par action réflexe, ne sont pas pour cela des droits. Il a seulement le tort de ne pas tenir compte de ces intérêts dans la définition qu'il répète à deux reprise. — M. Hauriou a donné du droit subjectif une définition analogue à celle d'Ihering ; un intérêt individuel socialement garanti. Cette définition (*Précis de droit administratif*, p. 317, note 3) n'est pas non plus assez précise. -- Un de ses élèves, M. Barthélemy (*Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, 1899, p. 21), a défini le droit subjectif : celui dont la réalisation peut être obtenue par un moyen juridique à la disposition du sujet. La définition est à nos yeux excellente, si l'on ajoute : ou de son représentant. Le moyen juridique qui est le signe de l'existence du droit subjectif, c'est, pour cet auteur comme pour Ihering, l'action en justice. Pour nous ce n'est point exact. L'action en justice est la sanction la plus habituelle du droit ; elle n'en est pas la seule sanction possible. Il peut y avoir, et il y a en fait dans les législations positives, d'autres moyens juridiques à la disposition du sujet, par exemple ceux que peut invoquer le créancier d'une obligation naturelle. V. au surplus ce que nous disons plus loin de l'intérêt protégé par le droit naturel. V. aussi en ce qui concerne les droits appartenant à l'Etat vis-à-vis de ses organes constitutionnels, droits qui ne sont pas sanctionnés par une action mais par des moyens spéciaux. Romano Santi : *Nozione e natura degli organi costituzionali delle Stato* (Palerme 1898), p. 64 et suiv.

gents à recevoir des secours de l'Assistance publique dans les législations qui n'admettent pas le principe du droit personnel à l'assistance ; l'intérêt des particuliers à jouir des avantages que leur présentent certaines parties du domaine public, et autres semblables. Que manque-t-il, dans ces divers cas, pour que nous nous trouvions en face d'un droit subjectif ? Il manque une volonté à qui la puissance soit donnée de réaliser ou de ne pas réaliser le droit suivant son bon plaisir ; qui soit chargée de le défendre si on l'attaque, et de faire les actes nécessaires à son exercice ; en un mot, une volonté qui le représente. Tant que la loi ne reconnaît pas une volonté de cette nature, elle ne protège l'intérêt que d'une façon indirecte ; elle ne le protège pas pour lui-même, mais en considération d'un autre intérêt général ou particulier... On ne peut pas dire dans ce cas qu'elle voit, dans l'ensemble des êtres intéressés plus ou moins directement au but qu'elle vise, une personne juridique, parce que ces êtres ne peuvent ni par eux-mêmes, ni par leurs représentants, invoquer la protection légale. Ce sont là de simples intérêts garantis par l'*effet réflexe* d'un droit appartenant à l'Etat ou à une autre personne ; on leur a donné le nom de droits-reflets (1) ; en réalité ce ne sont

(1) Barthélemy, *op. cit.*, p. 16. C'est la traduction ingénieuse, quoiqu'un peu libre, de l'expression allemande : *Reflexrecht*. Ihering a signalé ces effets réflexes de certains droits, ou actions réflexes juridiques, dans son *Esprit du droit romain* (Trad. Meulenaère, t. IV, p. 337) ; il les a étudiés dans les *Jahrbücher* t. X, p. 245 et suiv..., article reproduit dans ses *Gesammelte Aufsätze*, t. II, p. 79 et suiv.). Enfin la distinction du *Reflexrecht* et du droit subjectif a été magistralement étudiée au point de vue du droit public par Jellinek (*System der subjectiven öffentl. Rechte*, p. 63 et suiv.).



pas de véritables droits. Pour qu'il y ait droit il faut une protection directe et immédiate. Nous définirons donc le droit subjectif : l'*intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre* (1). Nous ajouterons que le titulaire du droit est l'être (collectif ou individuel) dont l'intérêt est ainsi garanti, alors même que la volonté qui le représente ne lui appartiendrait pas en propre au sens métaphysique du mot. Il suffit que cette volonté puisse lui être *socialement* ou *pratiquement* attribuée pour que la loi, sans s'écarter de son rôle qui consiste à interpréter les faits sociaux, doive la considérer comme la sienne.

48 *bis.* Ces explications répondent par avance à quelques-unes des objections qui ont été adressées à notre théorie depuis sa première publication. M. de Vareilles-Sommières (2) a essayé d'en faire sortir des conséquences compromettantes : il en résulterait, dit-il, que l'*infans* sans père vivant et sans tuteur n'est pas une personne, puisqu'aucune volonté ne le représente ni ne protège ses intérêts ; il en résulterait, d'autre part, que les bêtes protégées par la loi Grammont sont des personnes, puisque « les agents de police judiciaire sont chargés de protéger l'intérêt évident qu'ont ces pauvres bêtes à n'être pas l'objet de sévices inutiles. »

(1) Cpr. la définition du *sujet de droit* dans Bernatzik, *op. cit.*, p. 233, et celle du droit *subjectif*, eod. l. p. 263. V. aussi, Santi, Romano, *La theoria dei diritti publici subjectivi*, dans Orlandoi *Trattato di diritto amministrativo*, t. I, p. 123.

(2) *Les personnes morales*, nos 206 et s., où l'auteur discute les explications précédentes déjà présentées par nous en 1899, dans la *Revue de droit public*.



A cela nous répondons, sur le premier point, que l'*infans*, même sans tuteur *actuel*, est bien une personne, par cela seul que la loi contient les dispositions nécessaires pour lui organiser une représentation juridique dès que ses intérêts l'exigeront. Si elle ne l'avait pas fait, et si la coutume ne suppléait pas à son silence, il serait très exact de dire que l'*infans* n'est pas une personne juridique. Il ne le serait pas plus que l'esclave des sociétés antiques. — Quant au second point, il nous paraît évident que les bêtes protégées par la loi Grammont ne le sont point *pour elles-mêmes*, pas plus que les fleurs alpestres protégées par les règlements de police. Elles le sont dans un intérêt humain, à la requête d'hommes qui se sont émus des instincts sanguinaires que les mauvais traitements infligés aux animaux révèlent dans le cœur de l'homme. Ce qui prouve bien que ce texte et les textes semblables ne reconnaissent aux animaux aucun droit, c'est qu'ils n'interdisent que les mauvais traitements inutiles et non ceux qui servent aux fins supérieures de l'humanité, tels, par exemple, que la vivisection. Aussi ne dotent-ils pas les animaux d'une représentation attitrée, mais au contraire donnent compétence pour les protéger à tout fonctionnaire compétent pour concourir à la répression des crimes et délits. L'avantage que ces « pauvres bêtes » retirent de la loi Grammont est l'un de ces *effets réflexes* du droit objectif (ou du droit de l'Etat), que nous avons distingués plus haut des droits proprement dits.

Il en est de même, suivant nous, dans tous les cas où des droits semblent appartenir à des animaux ou à des objets : par exemple, dans les fondations en faveur des animaux (ours de Berne), ou d'un objet inaninmé (Man-

neken Pis de Bruxelles). L'intérêt que la loi protège en faisant respecter ces fondations est celui du groupe d'hommes qui juge utile à ses propres fins leur entretien ou leur conservation. Permis au Manneken Pis d'avoir des rentes, une garde-robe bien fournie, et un valet de chambre ! Il n'a tout cela que parce que *des hommes* s'intéressent à lui. Ce sont ces hommes que la loi entend protéger et non lui-même. L'intérêt élevé à la dignité de droit est toujours un intérêt *humain*, celui d'un homme ou d'un groupe d'hommes (1).

49. Nous avions d'autre part, dès 1899, prévu et essayé de réfuter à l'avance une autre objection fondamentale, celle que l'on avait déjà opposée à la définition d'Ihering. Cette définition et par conséquent la nôtre semble au premier abord, si l'on a sur la base du droit individuel certaines idées, faire disparaître les droits de la personne humaine vis-à-vis de l'Etat, et donner à celui-ci un pouvoir illimité pour déterminer les intérêts qu'il juge dignes de protection. Si l'homme, a-t-on dit, est un sujet de droit naturel, s'il a des facultés inaliénables sur lesquelles l'Etat ne peut porter la main, c'est qu'il est doué de raison et de volonté, que cette volonté est responsable, et qu'elle doit avoir les moyens de réaliser sa vocation divine vers le perfectionnement moral. « Aujourd'hui tout homme est une personne, dit Laurent (2). Pourquoi ? Parce que tous les hommes ont pour mission de devenir parfaits, comme leur Père dans les cieux ; c'est la parole de Jésus-Christ, et c'est aussi la doctrine des philosophes. Cette œuvre

(1) Cpr. sur les droits en apparence reconnus aux animaux. Roguin. *La règle de droit*, n° 218.

(2) *Avant-projet de revision du Code civil belge*, t. I, p. 379.

de perfectionnement indéfini implique la jouissance des droits qui mettent l'homme à même de développer les facultés physiques, intellectuelles et morales dont Dieu l'a doué. Il est d'évidence que cette notion de la personne ne s'applique qu'à l'homme, dont la vie est une existence infinie, consacrée à son développement. Les corporations n'ont point de vie réelle; elles n'ont qu'une existence fictive ; donc elles ne sauraient être des personnes. » Si nous voyons dans l'intérêt le fondement du droit, que deviennent ces droits de la personne? L'un des plus éminents représentants de l'Ecole libérale (1) a reproché à la doctrine de l'intérêt, telle qu'elle était formulée par Ihering, d'aboutir à leur négation et de ne plus laisser au droit d'autre fondement que la loi positive : « Ihering conteste que les droits de la personne aient une réalité indépendante et nécessaire ; il ne les reconnaît pas en dehors d'une sûreté juridique acquise ou, ce qui revient au même, en dehors d'une concession de la loi ; ce ne sont pour lui que des intérêts juridiquement protégés... Quelle réalité le droit a-t-il s'il n'existe pas en dehors d'une sûreté juridique acquise, en d'autres termes d'une concession et de l'appui de l'autorité? »

50. L'objection est juste peut-être si on la dirige contre l'ensemble de la théorie d'Ihering. Elle ne l'est plus si on l'adresse à sa définition du droit, que nous avons reproduite en la complétant.. Cette définition, prise en elle-même, est très compatible avec la notion de droit naturel, quelle que soit du reste l'idée que l'on se fasse de ce droit. Un intérêt juridiquement protégé,

(1) Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, p. 210.

c'est à nos yeux un intérêt protégé par le droit *objectif*, et il n'est nullement nécessaire d'entendre par là un intérêt protégé par le droit *positif*. Pour notre part, nous voyons dans l'Etat l'interprète et non le créateur du droit. Celui-ci existe en dehors de lui, tout au moins en tant qu'idée-force que l'Etat ne saurait méconnaître impunément (1) ; par là même il n'est pas entièrement dénué de sanction, bien que cette sanction soit imparfaite. L'intérêt que le droit naturel protège mérite donc déjà le nom de droit subjectif. Il va sans dire d'ailleurs que ce droit subjectif n'arrive à sa complète réalisation, et n'est revêtu d'une protection réellement efficace que lorsqu'il est reconnu par l'Etat. C'est l'Etat seul qui peut mettre à la disposition du sujet le moyen juridique destiné à assurer cette protection. Aucun système, aucune définition ne peut écarter ici la brutalité du fait. Mais il n'en résulte pas que l'Etat crée ou concède le droit ; il le reconnaît et prend sa défense. Toute la difficulté est de savoir quels droits il *doit* reconnaître ; et à ce point de vue la doctrine qui base le droit sur la volonté ne fournit pas plus de lumières que celle qui l'identifie avec l'intérêt digne d'être protégé.

Et en effet, en prenant l'intérêt comme base de notre définition, donnons-nous plus libre jeu à son arbitraire qu'avec la définition courante ? Nullement. Au contraire, nous élargissons la notion, et nous arrivons à classer

(1) Nous réduisons ici à son minimum l'idée de droit naturel afin de ne pas être obligé d'entrer dans une discussion accessoire sur l'existence et le fondement de ce droit. Nous croyons que notre théorie sur la personnalité morale peut s'adapter à toutes les opinions possibles sur l'existence ou la non existence du droit naturel, attendu qu'elle n'est au fond qu'une théorie appartenant à la partie technique du droit.

parmi les droits que l'Etat doit reconnaître, d'abord les droits de l'individu, puis d'autres encore que la thèse contraire laisse dans l'ombre, parce qu'elle est trop exclusive.

51. D'abord les droits de l'individu : le premier intérêt qui puisse demander la protection légale, c'est bien en effet celui de la personne humaine. Le Droit est fait pour l'homme ; il a pour mission de le placer dans les conditions extérieures les plus favorables à son bien-être physique et à son perfectionnement moral et intellectuel : pour cela il doit lui laisser, dans la mesure du possible, le libre exercice des facultés nécessaires à son développement. C'est là l'intérêt primordial que le législateur doit avoir en vue et qu'il protège par la reconnaissance de la personnalité humaine. L'homme est par conséquent le premier des *centres d'intérêts* auquel la personnalité doit être reconnue. Remarquez seulement que si par là sa volonté est protégée, elle ne l'est pas en elle-même et pour elle-même ; elle est considérée comme un moyen et non comme un but ; le but, c'est l'homme lui-même, l'homme tout entier et non telle ou telle de ses facultés. Cette idée seule peut à la fois expliquer la protection accordée à certaines manifestations de sa volonté et déterminer les limites de cette protection. Baser le droit uniquement sur la liberté que l'on doit laisser à la volonté, c'est se condamner à en respecter toutes les manifestations du moment qu'elles ne portent pas atteinte à la liberté d'autrui (1) ; et nous croyons

(1) Beudant, (*op. cit.*, p. 142), tout en soutenant que le droit, en thèse, se confond avec la liberté idéale, c'est-à-dire illimitée (ce qui est l'essence même de la théorie), ajoute : « Le droit positif, qui est l'hypothèse, c'est-à-dire la pratique, n'admet qu'une liberté



qu'aucune société ne peut se fonder sur cette idée unique. Dans toutes les législations on trouve certaines dispositions qu'elle est impuissante à expliquer. Pourquoi donne-t-on au père un droit de puissance sur son fils, et au mari une autorité sur sa femme? Pourquoi interdit-on certains faits immoraux, qui ne portent atteinte à aucune liberté, tels que l'inceste, les exhibitions scandaleuses, les outrages à la pudeur? Pourquoi réprime-t-on l'alcoolisme? Pourquoi d'autre part n'accorde-t-on pas d'action en justice pour sanctionner tout accord de volonté? (1) Toutes ces questions, et autres semblables, ne trouvent aucune réponse dans la formule libérale pure. Pour y répondre, il faut placer plus haut

limitée, et limitée doublement ; par le respect dû au droit d'autrui et par les nécessités sociales reconnues par la loi ». — La première de ces limitations résulte implicitement de la théorie elle-même ; la liberté de chacun n'est respectable qu'autant qu'elle s'accorde avec la liberté de tous. Cette limitation figure dans tous les exposés du système, notamment dans l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et dans la formule de Kant : « Agir extérieurement de telle sorte que l'usage de sa liberté puisse s'accorder avec celle des autres suivant une loi générale de liberté », formule qui aboutit à donner du droit objectif la définition rappelée plus haut : « L'ensemble des conditions dans lesquelles la liberté de chacun peut coexister avec la liberté de tous d'après un principe général de liberté ». — Mais la seconde limitation (nécessités sociales reconnues par la loi) nous paraît contradictoire avec le principe posé ; car le principe équivaut à dire qu'il n'y a pas d'autre nécessité sociale que d'assurer la liberté de chaque individu dans la mesure où elle est compatible avec celle des autres. S'il y en a d'autres, il faut dire quelles elles sont ; et alors on sera amené forcément à une théorie différente de la pure théorie libérale ; il faudra les baser sur une autre idée que la liberté de la personne humaine.

(1) Ihering (*Esprit du droit romain*, t. IV, p 329, note 505) demande fort justement pourquoi, dans ce système, on ne bâtit pas une action à raison d'une première valse promise et refusée.

le but du droit ; il faut le voir, non dans la volonté humaine, mais dans l'homme lui-même. Il est un sujet de droit, non parce qu'il veut, mais parce qu'il vit (1), et parce que le législateur, dans la période de civilisation où nous nous trouvons, a conscience qu'il ne peut arriver au complet développement de son être que par une large protection accordée à sa volonté. Cette protection ne va pas jusqu'à couvrir sans distinction toutes les manifestations de cette volonté, à cette seule condition qu'elle ne heurte pas la volonté d'autrui. Elle couvre seulement celles qui ont pour but un intérêt humain que le législateur considère comme digne d'être protégé (2).

52. S'il en est ainsi, l'homme envisagé en tant qu'individu ne devra pas être la seule personne protégée par le droit. L'homme est un être social. Sa destinée ne peut être remplie que s'il associe ses efforts à ceux de ses semblables. Isolé en face de la nature, il ne peut rien par sa seule force individuelle. Pour que l'humanité arrive au degré de civilisation où nous la voyons parvenue, il a fallu, pendant des siècles, le travail collectif et suivi des générations qui se sont succédé. Si le droit

(1) Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, t. II, p. 367.

(2) On voit, par les développements précédents, que nous ne repoussons point la théorie du droit naturel qui considère comme l'idée primordiale du droit celle du respect de la personnalité humaine, dans les limites de la loi morale. Cette théorie peut s'adapter, comme toute autre d'ailleurs, à notre théorie de technique juridique. Mais nous combattons l'idée que, dans chaque droit subjectif envisagé séparément, on doive trouver une volonté spéciale du sujet de droit. Le respect de la personnalité humaine, largement entendu, nous conduit à respecter les intérêts légitimes que les hommes poursuivent collectivement, alors même qu'on ne peut considérer le groupe qu'ils forment comme doué de volonté naturelle.

veut correspondre aux besoins de l'humanité, dégager la formule exprimant aussi exactement que possible les rapports existant dans la société humaine, il ne doit pas seulement protéger l'intérêt de l'individu, il doit garantir aussi et élever à la dignité de droits subjectifs les *intérêts collectifs et permanents des groupements humains.* Il doit donc permettre à ces groupements d'être représentés par des volontés agissant en leur nom ou, en d'autres termes, les traiter comme des personnes morales. Reconnaître le groupement comme licite, c'est par là-même reconnaître l'intérêt qu'il poursuit comme digne d'être protégé ; c'est par conséquent reconnaître implicitement sa personnalité juridique.

53. 2° Mais pour cela deux conditions sont nécessaires, conditions qui correspondent aux deux éléments que nous avons dégagés dans le droit subjectif : un intérêt distinct des intérêts individuels ; une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt.

a) Un intérêt distinct des intérêts individuels. Pour qu'il soit utile de reconnaître la personnalité juridique d'un groupe, il faut qu'il représente un de ces intérêts collectifs et permanents dont nous venons de parler. Ce sont ceux-là seulement que la personnalité individuelle est impuissante à incarner parce qu'ils la dépassent soit dans l'espace, soit dans le temps ; ils ne peuvent être représentés que par un groupe embrassant un certain nombre d'individus, et ayant une certaine permanence. Le premier intérêt qui puisse prétendre à cette protection est celui de chaque nation indépendante groupée sur un territoire déterminé ; c'est cet intérêt qui est représenté par la personne morale Etat. Il est infiniment

complexe, car il embrasse tous les droits qui sont destinés à assurer la vie et la prospérité de la nation. Il ne doit donc pas être borné arbitrairement à l'intérêt qu'offre pour celle-ci la conservation d'un patrimoine privé. Ainsi que nous l'avons déjà dit, la personnalité morale de l'Etat offre deux faces : personne morale de droit public, il exerce les droits qui se rattachent à l'idée de souveraineté et dirige les services d'intérêt général nécessaires à la collectivité dont il est le représentant juridique ; personne morale de droit privé, il exerce les droits patrimoniaux qui ont en somme la même destination que les premiers, qui n'en diffèrent pas par le but en vue duquel ils sont reconnus, mais uniquement par leur mode d'exercice. Il saute aux yeux d'ailleurs que dans ces deux domaines l'Etat a bien des intérêts collectifs et permanents distincts de ceux des membres qui le composent. Il peut demander à ces membres des sacrifices qui peuvent aller parfois jusqu'au sacrifice de leur vie. C'est pour donner un centre à ces intérêts, pour leur assurer une représentation que la personne morale prend naissance d'une façon habituellement toute spontanée (1).

Au-dessous de l'Etat, nous trouvons d'autres intérêts collectifs et permanents qui ont, comme les siens, une base territoriale, c'est-à-dire qui ont pour objet les besoins d'une population occupant un territoire déterminé. Ce sont les intérêts locaux représentés par la commune : ils consistent notamment à défendre l'agglomération contre les dangers qui la menacent ; à y faire régner l'ordre, la sécurité et la salubrité ; à gérer enfin et à préserver contre toute atteinte le patrimoine collectif de l'agglo-

(1) Sur la naissance de l'Etat, v. *infrà*, ch. III.



mération. Ici encore comme pour l'Etat, la personnalité sera à double face, à la fois de droit public et de droit privé ; la personne morale qui est unique, aura en même temps des droits de puissance publique et des droits patrimoniaux.

Existe-t-il des intérêts collectifs et permanents autres que ceux de l'Etat et de la commune ? Oui, sans aucun doute. Notre première condition est remplie d'une manière évidente par les diverses associations à but idéal, telles que les associations religieuses, scientifiques, littéraires ou charitables. Obliger les intérêts que ces groupes ont en vue à s'abriter derrière la personne individuelle de chaque associé, c'est visiblement aller contre le but de l'association. Celle-ci ne cherche pas une augmentation du patrimoine de ses membres ; les considérer comme copropriétaires des fonds consacrés à l'œuvre commune (ainsi que le font MM. Van den Heuvel et de Vareilles-Sommières), c'est véritablement dénaturer leur intention. Le fonds appartient au groupe considéré dans son unité ; ce groupe poursuit la réalisation d'un intérêt qui survivra aux membres actuels, et qui probablement sera étranger aux personnes qui recueilleront leurs biens.

On peut, au contraire, éprouver plus de doute à déclarer que notre première condition est remplie par les sociétés civiles et commerciales, qui n'ont d'autre but que l'enrichissement pécuniaire de leurs membres ; et il est vraiment singulier que notre législation et notre pratique, si réfractaires à l'idée de personnalité, en ce qui concerne les associations à but idéal, l'aient au contraire, pour les sociétés de gain, si facilement acceptée. Il y a, dans ces sociétés, non pas précisément un intérêt collec-

tif, mais des intérêts individuels qui se rencontrent et s'associent parce que leur union les rendra plus forts. Chacun y a en vue non pas *le même* but, mais un but *semblable*, car chacun y a en vue son enrichissement personnel (1); aussi l'intérêt que chacun a dans la société fera-t-il partie de son patrimoine et sera-t-il transmis à ses héritiers. L'idée de personnalité collective est donc ici moins essentielle que dans les groupes précédents, et l'on sait que, sauf pour certaines sociétés importantes, les Romains ne l'avaient pas admise. Toutefois nous la croyons indispensable au moins pour quelques-unes d'entre elles. Nous traiterons cette question si débattue un peu plus loin, en étudiant les limites du concept de personnalité (2).

Les intérêts précédents ne sont point encore les seuls qui soient aptes à être représentés par une personne morale. Dans tous les cas que nous venons de passer en revue, l'intérêt est celui d'un groupe qui s'organise, spontanément ou quasi-spontanement (3), en vue de produire la volonté collective nécessaire à l'exercice du droit; la seconde condition de la personnalité morale que nous développerons plus loin y est remplie en même temps que la première, et par le groupe intéressé lui-même. Mais il existe des intérêts collectifs et permanents pour lesquels il n'en est pas de même, parce que les intéressés ne peuvent, ou ne veulent se grouper, ou simplement parce qu'ils négligent de le faire. Il est pos-

(1) Cpr. Karlowa, *op. cit.*, p. 397.
(2) V. *infrà* nos 65 et s.
(3) Nous ajoutons ce dernier mot pour comprendre dans le même cadre les associations dont la naissance même est provoquée et parfois imposée par l'autorité publique.



sible que l'Etat prenne lui-même en main ces intérêts, et reste seul à les représenter. Mais il peut aussi admettre qu'ils seront représentés par une personne morale distincte, à condition qu'ils recevront l'organisation nécessaire. Il y a alors une personne morale provenant d'une fondation (1), en employant ce mot dans son sens le plus général (2); et elle peut être l'œuvre, soit de l'Etat lui-même, soit d'un simple particulier. Mais de quelque manière qu'elle s'accomplisse, elle ne diffère de la première catégorie de personnes morales que par son organisation. Au point de vue de la condition primordiale que nous examinons en ce moment, la situation est la même, il s'agit de représenter sur la scène juridique l'intérêt collectif et permanent d'un groupe; et c'est encore ce groupe lui-même qui sera au fond le véritable titulaire du droit. Dans la fondation charitable, par exemple, le sujet de droit sera le groupe des pauvres ou des malades auxquels la fondation s'adresse; dans la fondation religieuse, le groupe des fidèles d'une circonscription déterminée; dans la fondation artistique, le groupe des personnes qui, dans un certain territoire, s'intéressent à telle ou telle manifestation de l'art (3).

(1) Nous ne prenons pas ici parti, sur la question de savoir si la distinction entre la corporation et la fondation a ou doit avoir un intérêt juridique. Nous nous bornons à analyser le processus de la naissance de la personne morale.

(2) La fondation peut aussi avoir lieu sans donner naissance à une personne morale.

(3) Comme on le voit, nous ramenons la personnalité juridique des fondations à l'idée de droits appartenant à des groupes humains, mais non à l'idée de droits appartenant à une corporation; le groupe amorphe auquel on donne ainsi une représentation n'en est pas une ; il peut seulement s'en rapprocher plus ou moins. V. *infrà,* nos 76 et s.



Ces groupes, par eux-mêmes, sont indéterminés ; cela n'empêche point qu'on ne puisse les douer de personnalité ; cela fait seulement obstacle à ce que la volonté nécessaire pour l'exercice des droits se dégage sous la forme d'association. Il faudra donner au groupe, pour qu'il puisse être personnalisé, une organisation venue du dehors ; la volonté qui l'animera sera, s'il est permis de s'exprimer ainsi, transcendante et non immanente (1).

54. *b*) La seconde condition nécessaire à la naissance de la personnalité morale correspond au second élément que nous avons trouvé dans le droit subjectif : l'élément volonté, qui n'est pas le fondement de la personnalité, mais qui est essentiel pour que la personne puisse agir et exercer les droits qu'on lui attribue. Il faut que le groupe qui aspire à la personnalité ait une organisation capable de dégager une volonté collective qui le représentera dans les rapports juridiques. Cette volonté ne sera toujours métaphysiquement que la volonté d'individus isolés, mais socialement, c'est-à-dire pratiquement, elle devra ou pourra être regardée comme formant la volonté du groupe.

La formation de cette volonté, peut d'ailleurs se présenter sous des formes très diverses. Dans l'Etat elle se produit spontanément ; elle est un fait dont le droit est obligé de tenir compte tel que le lui présente la réalité.

(1) Ces expressions sont empruntées à Gierke. art. Juristische Person dans la *Rechtslexikon* d'Holtzendorff t. II, p. 422 ; et *Genossenschaftrecht*, t. II, p. 422. — V. aussi Rosin, *das Recht der öffentl. Genoss.*, p. 22, qui cite ces deux passages. Nous développerons plus loin ces idées. Cpr. sur les diverses manières de concevoir la fondation. Meurer, *Die jurist. Personen*, § 24.

La volonté collective s'y dégage soit par le consentement de tous, soit par la force ; au point de vue moral, la première formation est assurément préférable ; au point de vue juridique cela importe peu. Il suffit, pour que la volonté dirigeante soit considérée comme celle du groupe, qu'elle réussisse à s'imposer d'une manière ou de l'autre, par la persuasion ou par la contrainte, au groupe entier. C'est là le fait social qui achève la personnalité de l'Etat quand les autres conditions de son existence sont d'ailleurs réunies (1). Le droit n'a pas ici de pouvoir d'appréciation, il ne crée rien ; il ne peut que se borner à reconnaître la personnalité ainsi constituée. Elle s'impose à lui, s'il ne veut méconnaître les faits, parce qu'elle a les éléments essentiels de la personnalité juridique.

Pour les groupements inférieurs, la volonté se forme également d'une manière toute spontanée dans les associations qui se constituent librement. Il est bien exact ici de parler, comme le fait M. Hauriou, de véritable unanimité ; car l'unanimité existe au moins sur le point essentiel qui est la formation même de l'association ; les divergences de détail sur la direction à lui donner deviennent secondaires ; chaque membre accepte implicitement les décisions formées conformément à la constitution qu'il a acceptée, et qu'il continue d'accepter puisqu'il ne cesse pas de faire partie de la société. Il se

(1) De ces autres conditions, l'une est nécessaire pour qu'il naisse une personne morale : c'est la condition développée plus haut (existence d'un groupe ayant des intérêts collectifs et permanents). Les autres sont les conditions nécessaires pour que la personne ainsi créée soit un Etat et non une personne juridique d'une autre nature : c'est d'une part une base territoriale et d'autre part une certaine tndépendance du groupe vis-à-vis des groupes voisins.

dégage donc encore ici une volonté qui doit être considérée au point de vue social comme la volonté du groupe ; et le droit trouve toutes réunies les conditions de la personnalité morale.

Si maintenant nous considérons les personnes morales qui ne rentrent pas dans l'un des deux groupes précédents, nous nous convaincrons de suite que la formation s'y produit souvent d'une manière différente. Nous rencontrons d'abord certaines associations qui ne sont pas purement volontaires ; par exemple la commune, le département ou la province, par exemple aussi nos associations syndicales de propriétaires dans lesquelles, en vertu d'une disposition légale, il existe, quant à la formation même de l'association, un droit de contrainte de la majorité sur la minorité. Nous trouvons ensuite les fondations, soit qu'elles proviennent de l'Etat lui-même ou de la commune, soit qu'elles proviennent d'un particulier.

Dans les associations forcées, il y a encore un groupement visible où se trouvent réunis les véritables intéressés ; mais l'organisation et la volonté qui en dérive ne proviennent pas entièrement d'eux. Elle pourra être très artificielle. Nos communes ont longtemps été gouvernées par des maires nommés par le pouvoir central, et même par des conseillers municipaux que désignait le préfet. Nos départements sont encore aujourd'hui administrés par le préfet. On ne peut soutenir sans doute que ce soient là des organisations idéales. Mais, du moment qu'elles existaient ou qu'elles existent encore, on devait ou on doit les considérer comme douées de personnalité. Elles en présentent les deux traits : intérêt collectif et permanent, volonté organisée. Seulement cette volonté

est ici organisée par la loi et non par les intéressés. Des deux éléments essentiels, la loi a trouvé le premier existant en dehors d'elle, elle a elle-même constitué le second.

Il en est de même, mais avec une action de l'Etat encore bien plus apparente, dans les fondations créées par l'Etat. Nous entendons par là quelques-uns (1) au moins des établissements que notre droit administratif désigne sous le nom d'établissements publics : ce sont des services publics doués de personnalité par une disposition légale. Ici encore l'Etat a trouvé tout prêt l'élément premier : l'intérêt collectif et permanent d'un groupe. Cet intérêt était jusqu'alors représenté par lui-même ou par un groupe inférieur tel que le département ou la commune, ou bien il n'était pas représenté du tout. L'Etat le dote d'une représentation spéciale et lui reconnaît la personnalité morale, après l'avoir pourvu lui-même du second élément essentiel. Ici du reste, à la différence du cas précédent, le groupement intéressé n'est plus visible ni strictement délimité. Force est bien, si l'on veut lui conférer la personnalité, de lui donner son organisation du dehors (2).

(1) Nous disons quelques-uns, parce que plusieurs de nos établissements publics ont une origine différente ; ou bien, comme les hospices, ils proviennent historiquement dans une large mesure de l'initiative privée ; ou bien, comme les établissements ecclésiastiques, ils sont l'œuvre de l'Eglise. L'Etat ne les a pas créés, mais seulement transformés en services publics en leur laissant une personnalité ; on peut dire qu'il les a, non point engendrés, mais adoptés.

(2) On peut prendre comme exemple la personnalité morale des musées nationaux, créée par la loi du 16 avril 1895, art. 52 à 56. Le groupe intéressé est ici extrêmement vaste et mal délimité ; c'est celui de toutes les personnes qui, en France, s'intéressent aux



Quant aux fondations privées, elles reçoivent également leur organisation du dehors, mais non point de l'Etat; elles la reçoivent du fondateur, et l'Etat se borne à la permettre, en réglementant les conditions dans lesquelles il sera possible d'user de cette psrmission. Là encore l'organisation est essentielle, et pour que l'œuvre soit apte à vivre comme personne morale, il faut qu'elle lui soit donnée par le fondateur directement, ou, d'après ses indications, par les exécuteurs de ses volontés (1).

55. Dans tous les cas que nous venons de passer en revue (sauf pour l'Etat et pour les associations purement volontaires), la volonté est plus ou moins artificielle. Non seulement elle n'est pas la volonté du groupe au sens métaphysique du mot ; mais encore elle ne lui est attribuée que par le dehors ; elle ne naît pas dans le groupe lui-même. Si on peut la lui attribuer légalement sans faire violence aux faits sociaux, c'est que l'on peut présumer que le groupe lui-même y consent (2). Mais en somme il nous paraît évident qu'il y a ici une volonté *légale* du groupe bien plus qu'une volonté *naturelle*. Il y a *représentation* du groupe par certaines personnes sans que cette représentation s'explique par la volonté manifestée des membres du groupe. Dans tous les cas du reste, même dans les premiers, la volonté naturelle n'est jamais à nos yeux que celle des personnes physiques, et

arts. La loi lui a donné sa représentation et sa volonté ; mais l'intérêt collectif et permanent existait en dehors d'elle. Le législateur n'aurait pas songé à créer cette personnalité morale si personne en France ne s'intéressait aux arts.

(1) Cpr. pour compléter les explications que nous donnons ici sur la notion de fondation, celles qu'on trouvera plus loin, n° 77.

(2) C'est pour cela que nous disons volontiers, même dans ce cas, que la volonté peut *socialement* être attribuée au groupe.

il y a un phénomène de représentation de la personne morale ; la seule différence, c'est que dans les premiers cas ce phénomène se rapproche bien davantage de la réalité.

56. 3° Les deux conditions que nous venons de passer en revue sont nécessaires et suffisantes pour donner naissance à un être collectif qui a en lui-même toutes les qualités d'un être *capable* d'avoir des droits et des obligations. Mais il est évident que cet être n'est pas par cela seul une personne morale pour le milieu juridique dans lequel il prend naissance. Il faut pour cela que ce milieu juridique accepte sa personnalité. Pour l'individu lui-même, dont la personnalité juridique est aujourd'hui reconnue comme découlant de son existence même par les législations de tous les peuples civilisés, cette condition a été nécessaire. L'esclave romain avait en lui toutes les qualités inhérentes à la personne, et cependant il n'était pas une personne juridique. Il en est de même aujourd'hui des groupements qui remplissent les deux conditions indiquées et que le droit ne *reconnaît* pas (1).

Pour l'Etat, cette reconnaissance provient de la communauté internationale. Pour tout autre groupement, elle provient de l'Etat lui-même.

En faisant cette reconnaissance pour les groupes qui lui sont subordonnés, l'Etat ne fait pas une opération d'une autre nature qu'en reconnaissant la personnalité

(1) On a proposé d'appeler *personne morale* la collectivité remplissant les conditions de la personnalité, mais non reconnue ; et *personne juridique* la personnalité reconnue. V. Castelein. *Droit naturel*, 1903, p. 510, n° 6, terminologie qui pourrait prêter à quelque confusion. V. ci-dessus n° 1.



humaine. Il a seulement ici, par la force des choses, un plus large pouvoir ; et cela pour deux raisons qu'il est facile d'apercevoir.

57. D'une part, l'être humain est pour le droit un être simple, une molécule juridique indécomposable qui lui est fourni par la nature elle-même. Sa naissance est un fait dans lequel le droit n'a pas à intervenir. Au contraire l'être collectif résulte de l'existence, *entre personnes soumises au droit*, de certaines relations qui appellent une réglementation juridique. L'Etat, organe du droit, aura donc, préalablement à la reconnaissance de la personnalité collective, à régler ces relations et à vérifier si les règles posées par lui ont été observées. Il pourra, par exemple, régir le contrat d'association fait en vue de la formation d'une personnalité collective par des dispositions sur la forme dans laquelle doit être constatée la volonté des associés, sur la capacité nécessaire pour faire partie de l'association, sur la protection des intérêts individuels des membres vis-à-vis du groupe, sur la publicité à faire pour avertir les tiers, etc. Il pourra aussi interdire la formation de groupements en vue de buts qu'il considère comme dangereux pour l'ordre pnblic ou contraires à la morale. Il pourra de même régler les formes à employer par un fondateur pour affecter ses biens à perpétuité à un objet déterminé ; il pourra interdire la fondation comme l'association s'il la juge dangereuse ou immorale. Dans ces deux domaines son pouvoir de fait va jusqu'à la possibilité d'interdire d'une façon absolue la création du groupement, et par conséquent jusqu'à la subordonner à la nécessité d'une autorisation de sa part. La question de savoir s'il doit faire usage de ce droit n'est autre que la

question de la liberté d'association, ou de la liberté de fondation. Elle est en elle-même très distincte de la question de personnalité morale, parce qu'elle doit se résoudre par des motifs étrangers à la technique juridique. Pourtant elle lui est étroitement liée, parce que sa solution, comme nous l'avons déjà laissé pressentir (1), et comme nous allons essayer de le montrer, entraîne partiellement la solution de la question de personnalité.

58. D'autre part, en effet, quand s'est formé, conformément au droit, le groupement apte à être personnalisé, l'Etat a, vis-à-vis de lui, une plus grande liberté d'appréciation que vis-à-vis de l'individu humain, parce que nos mœurs n'ont pas encore admis à l'égard des groupements licites et régulièrement organisés en vue de la personnalité, que l'Etat ait une sorte d'obligation morale de reconnaissance (2). Il y a là une longue tradition, en partie due à l'influence longtemps dominante du système de la fiction, en partie due à l'usage excessif que l'Etat a longtemps fait de son pouvoir vis-à-vis des groupements d'origine privée. Veillant avec un soin jaloux à conserver sa toute-puissance, redoutant les dangers qui résulteraient pour elle du surcroît de force que le groupement pourrait prêter aux résistances privées, il a été amené à interdire les groupements d'une manière presque absolue. Il n'a laissé subsister que ceux qu'il associait étroitement à sa mission; il n'a plus

(1) Ci-dessus, n° 5.

(2) Il est à remarquer que le droit international tout incomplet qu'il soit encore, est sur ce point plus avancé que le droit interne. Il lie la reconnaissance d'un Etat à l'existence de certains faits, qui sont ceux que nous avons reconnus comme constitutifs de sa personnalité.

voulu reconnaître officiellement des groupements privés, mais seulement des groupements d'utilité publique. Impuissant cependant à supprimer entièrement les premiers, parce qu'on ne supprime pas à volonté les manifestations de la vie sociale, il les a tolérés et leur a laissé, en les surveillant de près, une existence de fait, sans vouloir admettre leur personnalité. Au fond, ce n'est là qu'un expédient ; c'est une demi-mesure, illogique et boîteuse, *contrà rationem juris*; elle a pu être opportune à une époque où elle représentait tout ce que l'Etat pouvait supporter de liberté pour les associations. Mais la vraie liberté, en cette matière, consiste à donner aux associations dont l'existence n'est pas reconnue nuisible, le régime juridique qui correspond à leur constitution intime, c'est-à-dire, pour la plupart d'entre elles, le régime de la personnalité morale.

Cette idée. qui est très importante, et qui, depuis quelques années a fait des progrès pratiques indéniables, ne doit cependant pas être exagérée dans l'application. Nous verrons que les limites du concept de personnalité juridique sont très difficiles à déterminer en matière d'association (en prenant ce mot dans le sens large où il embrasse même les sociétés de gains). Les associations à personnel variable et à longue durée ne peuvent guère se passer de personnalité. Mais les associations modestes, à personnel fixe ou presque fixe, peuvent trouver un régime, acceptable à tout prendre, dans la notion de société modifiée, avec propriété en main commune, telle que nous essaierons de la dégager plus loin. Il en est de même des associations à personnel variable quand elles sont destinées, comme cela arrive pour beaucoup de petites associations, à n'avoir presque

aucun rapport avec les tiers (1) Il appartient à l'Etat de fixer pratiquement la limite entre les domaines d'application des divers concepts juridiques et, par conséquent, dans une certaine mesure, de choisir, parmi les associations, celles qui doivent être placées en-deçà ou au delà de la limite du concept de personnalité. Dans les transitions insensibles que nous offrent les phénomènes de la vie juridique, c'est à lui qu'il appartient de tracer le trait décisif qui doit mettre fin aux incertitudes et, de ce chef encore, il a vis-à-vis de la personnalité des groupes, plus de latitude que vis-à-vis de la personnalité de l'individu.

Les réflexions précédentes s'appliquent aux fondations privées, en ce sens que, pour elles aussi, lorsque l'Etat a reconnu l'utilité de la fondation, le véritable régime qui lui est propre est bien celui de la personnalité morale. Mais on peut admettre cette idée, sans être partisan de la liberté. Il y a, comme nous le montrerons plus loin, des objections beaucoup plus graves à la liberté des fondations qu'à la liberté des associations. D'autre part, les fondations, elles aussi, peuvent vivre, avec une sécurité moindre et de moindres chances de durée, sous un régime autre que celui de la personnalité. Mais celle-ci reste nécessaire pour toute fondation à laquelle on veut assurer un long avenir ; et nous croyons que, dans le domaine de la fondation aussi bien que dans celui de l'association, la solution *normale* consiste à reconnaître la personnalité de toutes les fondations que le fondateur a conçues comme personnes

(1) V. sur ce point (sur lequel nous reviendrons plus loin), les explications de Max Schwale : *Die Körperschaft mit und ohne Persönlichkeit* (Bâle, 1904), p. 55 et s.



morales distinctes, toutes les fois qu'on leur reconnait le caractère licite.

On peut donner aux explications précédentes une autre forme qui n'en change pas la substance en disant, avec Gierke (1), que le rôle de l'Etat en matière de constitution de la personnalité morale, n'est pas de *créer*, mais de *reconnaître* (2), et qu'en remplissant cette tâche il est simplement l'*organe du droit*. Aucune personne morale ne peut exister dans l'Etat sans être reconnue comme telle par lui, parce qu'aucune règle de droit ne peut être appliquée par ses organes s'il ne l'a faite sienne. Mais c'est bien une règle de droit qui classe parmi les *sujets de droit* les groupements dont la constitution intime correspond à la notion de sujet ; et en reconnaissant la personnalité de ces groupements l'Etat ne fait qu'*appliquer cette règle de droit*. Cette idéé n'est pas absolument incompatible avec la possibilité d'exiger, dans certains cas au moins, une reconnaissance *spéciale,* portant sur chaque personne morale individuellement, et non sur toute une catégorie ; car on peut présenter cette exigence comme devant permettre à l'Etat de vérifier, dans chaque cas particulier, si le groupe qui aspire à la personnalité remplit les conditions exigées pour cela par le droit. Pourtant, avec cette théorie il est naturel d'aboutir, dans la plupart des cas, à un régime dans lequel l'Etat fixera, par avance, les conditions nécessaires pour être considéré comme personne morale, et attachera la personnalité à l'observation de ces conditions sans aucune

(1) *Genossenschaftstheorie*, p. 15 et s., notamment p. 21.

(2) Sauf la possibillté pour lui d'être, comme nous l'avons indiqué plus haut, l'un des facteurs sociaux qui participent à la coéation de l'être moral. V. ci-dessus, n° 15.

vérification de sa part ; ce sera le système de la *réglementation légale* (Normativbestimmungen des Allemands) substitué à celui de l'autorisation préalable, lequel ne conservera de raison d'être que dans certains cas où il pourra paraître bon de vérifier, non la personnalité du groupement, mais son caractère licite (1). C'est bien dans ce sens, nous le verrons, que paraissent s'orienter la plupart des législations actuelles, même la nôtre.

V

59. Pour préciser le sens de notre théorie, il importe d'examiner avec quelque détail la situation des personnes chargées d'agir au nom de la personne morale. L'étude de ce point délicat nous montrera d'ailleurs en même temps comment la conception théorique peut influer sur les solutions pratiques.

Les partisans du système de la fiction ne font d'ordinaire aucune différence — au moins en droit privé — entre le représentant d'une personne morale et le représentant d'une personne physique. La personne morale étant conçue comme un être fictif, entièrement indépendant du groupe dont elle synthétise les intérêts, les relations entre elle et son représentant ne peuvent être conçues que comme relations entre personnes étrangères l'une à l'autre. Le représentant de la personne morale sera, ou son *mandataire*, ou son *représentant*

(1) Ou, si l'on veut, les dangers que le groupement peut présenter pour l'ordre public. C'est pour cela que nous considérons comme préférable un régime d'autorisation préalable pour les fondations.

légal (dans le même sens que le tuteur et le représentant légal du mineur) (1). C'est d'ailleurs cette seconde idée qui est la plus facile à accepter. Un mandat proprement dit est bien difficilement admissible, parce que pour donner un mandat il faut déjà une volonté, et qu'en dehors du représentant lui-même la volonté de l'être moral devient introuvable. Si l'on veut, par exemple, considérer comme des mandataires d'une association les membres de son conseil d'administration, il fau regarder comme un mandat leur nomination faite par l'assemblée générale ; mais ce mandat n'est pas donné par l'association personne morale, parce que l'assemblée générale n'est point l'association elle-même, *universitas ipsa* ; on ne pourrait la considérer comme telle que par une pure fiction ; en réalité elle est déjà elle-même quelque chose *qui représente* l'association, et il faudrait trouver un premier mandat à elle donné par cette dernière ; chose manifestement impossible, puisqu'avant d'avoir un organe, elle ne peut faire aucun acte ayant une valeur juridique. On ne peut donc s'appuyer sur la théorie du mandat qu'à condition de se contenter d'analogies approximatives.

Au contraire l'idée d'une *représentation légale*, analogue à celle du tuteur pour le mineur est acceptable dans son principe *pour toute personne morale autre que l'Etat* ; c'est celle que les partisans du système de la fiction doivent le plus naturellement admettre. En autorisant l'être fictif, la loi (ou le pouvoir administratif à

(1) Nous ne parlons ici que du *représentant direct* ; même dans le système de la fiction, il est possible de distinguer ce représentant direct de l'agent, préposé, commis ou serviteur, qui n'est lié à la personne morale que par un louage de services.



qui elle a donné compétence pour cela), détermine les conditions de son fonctionnement, et par conséquent celles dans lesquelles seront désignés ses représentants. Elle pourra confier leur désignation aux intéressés eux-mêmes ; elle pourra aussi la faire elle-même, directement ou indirectement, peu importe. La théorie de la fiction, ici comme sur tous les autres points, donne à l'Etat pouvoir absolu. Quant au détail, la représentation ainsi comprise se modèle tout naturellement sur la représentation des incapables. On donne un représentant à la personne morale comme on en donne un à l'*infans* ou au fou, et pour une raison semblable, pour suppléer à l'insuffisance de sa volonté. Le seul défaut logique de cette conception est qu'il est impossible de l'appliquer à l'Etat, à qui il faudrait déjà une volonté pour se nommer à lui-même ce représentant.

60. En face de cette théorie, les Allemands en ont imaginé une autre, beaucoup plus subtile et élégante, plus vraie aussi, croyons-nous : la théorie de l'*organe* (1).

(1) Elle a son origine dans l'école germaniste et elle a été exposée magistralement par Gierke. V. *Genossenschaftstheorie*, p. 614 et s., *Deutsches Privatrecht*, p. 472 et 497, et aussi l'article dans *Schmoller's Jahrbuch*, 1883, p. 1139 et s. Elle est admise par les autres partisans de l'école, notamment par Preuss, *Gemeinde Staat*, etc. p. 157 et *Städtische Amtsrecht in Preussen* (1902), p. 56 et s. et par Regelsbergér *Pandekten*, I, p. 322 et s. — Mais elle est admise aussi par des auteurs très éloignés de la théorie de Gierke, notamment : Laband, *Archiv. für civilistische Praxis*, t. LXXIII, p. 187 ; Bernatzik. *Archiv. für öffentl. Recht.*, t. V, p. 237-238 ; Karlowa, *Grünhut's Zeitschift*, 1888. p. 420 et s. ; Dernburg, *Pandectes*, 4e éd., p. 157 ; Jellinek, *Allgem. Staatslehre*, p. 512 et *System der subj. öffentl. Rechte.*, p. 29 et s., 136 et s., 212 et s. — Les partisans de la théorie organiciste protestent d'ailleurs contre l'emploi du mot *organe* par leurs adversaires. V. Preuss, *Uber Organpersönlichkeit*, dans *Schmoller's Jahrbuch*, t. XXVI,

Entre la notion d'organe et celle de représentant légal il y a, dit par exemple Laband (1), une différence spécifique : la qualité de représentant peut découler soit d'un acte juridique, soit de la loi ; la qualité d'organe découle au contraire de la *constitution* même de la personne morale. Dans la représentation il y a un rapport juridique entre *deux* sujets de droit, dont l'un agit pour l'autre ; les actes du représentant sont bien ses propres actes, mais on leur fait produire le même effet juridique que s'ils étaient ceux du représenté. Quand il y a organe, au contraire, c'est la personne juridique qui agit *elle-même* ; son organe n'est pas quelque chose qui soit distinct d'elle ; il est une partie d'elle-même dont elle se sert comme la personne physique se sert de la bouche ou de la main ; car l'organisation juridique dont il est le produit appartient à l'essence de la personne morale ; elle est comme son corps juridique, sans laquelle elle est incapable d'existence. Lorsque le maire d'une ville donne mandat à un avoué de plaider pour elle en justice, le maire est un organe, l'avoué un représentant.

61. De cette idée générale, on a déduit diverses conséquences. L'action du représentant n'embrasse jamais toute la vie juridique du représenté. La personnalité de ce dernier n'est jamais complètement supprimée et elle se manifeste par des actes qui, sous certains rapports, ont une valeur juridique, même dans les cas où la représentation est le plus étendue. Au contraire l'organe de

1902, p. 103 et s. Mais les deux idées n'en doivent pas moins être considérées comme tout à fait distinctes.

Pour la France, v. notamment dans le sens de la théorie de l'organe, Mestre, *Personnes morales*, p. 211 et s. ; Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, p. 550 et s.

(1) *Archiv. für civilist. Praxis*, t. LXXIII, p. 187.



la personne morale incarne sa vie juridique *tout entière* ; il n'y a pas, en dehors de lui, un sujet de droit pouvant manifester une volonté différente de la sienne ni faire un acte ayant une valeur juridique quelconque. Son droit de représentation est donc nécessairement plus étendu que celui du représentant ordinaire. Il embrasse non seulement les actes juridiques mais aussi les actes de pur fait. Sans doute le développement considérable que le droit moderne a donné à la représentation a atténué la différence ; mais là même où ces deux théories concordent quant au résultat, elles ne concordent pas quant au point de départ, et il subsiste des hypothèses pratiques où la différence est appréciable. La personne morale peut par son organe prendre et exécuter des décisions pour lesquelles on ne conçoit pas la représentation par une volonté étrangère. Elle peut régler sa propre existence, exercer une fonction publique, commettre un délit (sauf à discuter si le délit peut avoir pour elle, comme pour les personnes physiques, une sanction pénale). Elle peut, toujours par son organe, se trouver en état d'ignorance ou de connaissance entraînant des effets juridiques ; elle peut être de bonne ou de mauvaise foi, être dans l'erreur, recevoir une notification, prêter un serment, faire un aveu judiciaire. La conscience et la volonté de son organe sont, dans tous les cas, considérés comme étant sa propre conscience et sa propre volonté, à cette seule condition que l'organe ait agi en cette qualité et dans les limites de sa compétence (1).

D'autre part, pour la plupart des partisans de la théorie il résulte encore de la notion ci-dessus exposée, que

(1) V. principalement sur ces divers points Gierke, Bernatzik et Karlowa, *op.* et *loc. citatis*.

l'organe ne possède, *comme tel*, aucune personnalité distincte de celle de la personne morale. « Il n'y a pas, dit Jellinek (1) en parlant de l'Etat, deux personnalités en présence, celle de l'Etat et celle de l'organe, qui auraient entre elles des rapports de droit quelconques ; l'Etat et l'organe sont une unité. L'Etat ne peut exister qu'au moyen de ses organes ; si l'on fait abstraction de ces derniers, il ne reste pas l'Etat support des organes, il ne reste qu'un néant juridique. Le représenté et le représentant sont et restent deux personnes distinctes ; la personne juridique et l'organe sont et restent une seule personne ». Il va sans dire que la personne physique qui exerce les fonctions d'organe conserve sa personnalité, et peut avoir avec la personne morale des rapports juridiques ; elle peut notamment avoir des droits à la qualité d'organes et aux conséquences, pécuniaires ou autres, qui en dérivent. Mais l'organe collectif ou individuel n'est pas *en tant qu'organe* une personne distincte. Entre plusieurs organes d'une même personne morale et notamment de l'Etat, il peut y avoir des difficultés de compétence, mais point de droits subjectifs s'opposant les uns aux autres. Alors même que ces difficultés pourraient être résolues par une lutte prenant des formes judiciaires (comme dans notre conflit d'attributions), ce ne sont jamais que des difficultés entre les divers services d'une même personne, et elles ne portent que sur cette partie du droit objectif qui règle l'organisation intérieure de cette personne (et en particulier de l'Etat, pour lequel la question se pose le plus souvent). C'est en effet pour des raisons *étrangères à l'intérêt de l'organe*

(1) *Allgemeine Staatslehre*, p. 512.

lui-même (par exemple pour protéger le droit des particuliers à une discussion judiciaire devant le tribunal compétent), que l'affaire est débattue en forme contradictoire devant une autorité constituée en tribunal; ce n'est pas la compétence de l'organe que la loi entend protéger de cette manière, et en réalité elle ne considère pas cette compétence comme un droit.

Sur ce point cependant, certains auteurs, notamment Gierke et Preuss, se séparent de la théorie dominante. Dans leur doctrine les droits de la personne morale n'excluent pas absolument les droits de l'organe ; il y a une sorte de compénétration réciproque de droits, qui donne à l'organe une certaine personnalité, distincte de celle de la personne qu'il représente (1).

62. A cette théorie il a été fait, tant en France qu'en Allemagne des objections qu'il est impossible de ne pas discuter. M. Duguit, qui la repousse d'abord parce qu'elle suppose comme point de départ, la personnalité, non admise par lui, de l'Etat et des autres êtres collectifs, cherche à la combattre en outre en se plaçant sur le terrain même où elle a pris naissance. « Si ce sont là des organes, dit-il (2), il faut qu'il y ait derrière eux une volonté dont ils soient les organes ; ils n'existent comme organes que par cette volonté; mais cette volonté est une volonté collective qui n'existe elle-même que par ses organes. Finalement, est-ce la volonté de l'Etat qui existe par les organes, ou sont-ce les organes qui existent par la volonté de l'Etat ? Impasse de laquelle on ne peut sortir ».

(1) V. sur ce point les explications données, *infrà*, n° 64 *bis*, p. 144, note 1.

(2) *L'État, les gouvernants et les agents*, p. 51.

Cette objection est celle-là même que nous faisions plus haut à l'idée de mandat. Nous disions : pour donner le mandat il faut déjà une volonté. M. Duguit dit: pour créer l'organe il faut déjà une volonté. Mais ici l'objection ne porte plus. L'organe est conçu comme faisant partie essentielle de la personne morale ; il n'est pas créé par elle ; il est créé, *en même temps qu'elle,* par les forces sociales qui ont produit sa naissance et en même temps déterminé sa constitution. Il n'y a pas eu un instant de raison pendant lequel la personne morale, née sans organes, s'est recueillie pour les créer. Elle n'a existé juridiquement qu'au moment où elle a eu des organes. Le mode de nomination et les pouvoirs de ceux-ci ont été déterminés non par elle, mais par les premiers statuts, œuvre des personnes physiques ou morales préexistantes qui ont concouru à sa formation, — ou, s'il n'y a pas de statuts, par les coutumes qui se sont formées à l'intérieur de la collectivité, et qui lui ont peu à peu donné l'organisation nécessaire à la vie juridique. Dans les deux cas, l'origine de l'organe remonte à une cause plus élevée que la volonté de la personne morale. Sans doute, le plus souvent ni ces statuts ni ces coutumes ne nomment directement l'organe ; ils se bornent à établir leur mode de nomination ; mais dans ce cas les personnes qui participent à cette nomination (par exemple : les électeurs dans l'Etat ou la commune, les membres de l'assemblée générale dans une association) devront déjà être considérées comme des organes de la personne morale, régulièrement établis par la constitution pour nommer d'autres organes. Sans doute aussi les statuts (ou la coutume) peuvent confier à un organe le soin de modifier les règles constitutives ; dans ce cas, ce sera

bien la volonté de la personne morale elle-même qui créera ces règles, mais alors il n'y a plus à cela nulle impossibilité, puisqu'elle est déjà constituée et a des organes réguliers chargés d'établir ce changement (1).

On a présenté d'autres objections à la théorie de l'organe. Elle n'est pas logique, a-t-on dit ; elle exclut des conséquences qui cependant découleraient de son principe ; elle devrait admettre l'absorption complète de la personnalité de l'organe par celle de l'être collectif, et, comme conséquence, l'impossibilité absolue de rapports juridiques entre la personne physique chargée du rôle d'organe et la personne morale qu'elle représente (2). Mais la théorie, telle au moins que nous la comprenons, consiste précisément dans la distinction entre l'organe, comme tel, qui ne peut avoir ni rapport juridique avec l'être moral qu'il représente, ni droit subjectif contre lui, et la personne physique investie de la qualité d'organe, qui peut au contraire avoir l'un et l'autre. Ce n'est pas lui répondre que de déclarer cette distinction illogique ; c'est simplement la dénaturer en la poussant à l'absurde.

63. Nous croyons donc qu'en elle-même la théorie est

(1) Ces considérations répondent aussi à la seconde objection présentée par M. Duguit (*op. cit.*, p. 51-52) : pour établir la Constitution dit-il, il faut que l'Etat puisse manifester sa volonté ; il y a donc cercle vicieux, puisque cette volonté ne peut être exprimée que par l'organe créé conformément à la Constitution. En réalité la constitution de l'Etat n'est pas son œuvre ; elle est l'œuvre des forces qui, à un moment donné de son histoire, se disputent la direction politique. On ne doit considérer comme l'œuvre de l'Etat que les modifications constitutionnelles votées conformément à une Constitution antérieure.

(2) Schlossmann, *Organ und Stellvertreter*, dans *Ihering's Jahrbücher*, t. XLIV, 1902, p. 300-301.



acceptable. Toutefois elle ne l'est que sous le bénéfice de deux observations importantes :

1° Le mot *organe* ne peut et ne doit être employé *qu'à titre de comparaison*, et il importe de se rendre compte qu'entre l'organe corporel de la personne physique et l'organe de la personne morale, il y a analogie mais nullement identité (1). L'analogie consiste en ce que l'un et l'autre font partie intégrante de la personne, que celle-ci ne se conçoit pas sans eux, et que leur rapport avec les autres éléments de cette personne est déterminé par sa constitution elle-même. La personne morale, comme la personne physique, est en effet *un tout organisé*, dont toutes les parties concourent à un même but; l'organisation, qui lui permet d'agir et de manifester sa volonté, lui est *essentielle*. Mais à côté de cette ressemblance fondamentale, il y a des différences nombreuses, parmi lesquelles il en est une capitale au point de vue juridique : dans la personne physique, ce n'est pas l'organe, c'est la personne même qui a en elle la volonté et l'intelligence ; l'organe n'est qu'un instrument passif; séparé de la personne il n'est qu'une matière inerte. Dans la personne morale au contraire, l'organe est un être vivant qui possède, pour son compte, la volonté et l'intelligence; s'il n'est pas lui-même une personne *en tant qu'organe*, il est une personne *en tant qu'individu*; et cette qualité subsiste même lorsqu'il se sépare de la personne morale ; elle en est indépendante (2). De plus,

(1) Il en est de ce mot *organe*, comme du mot *organisme* dont il a été question plus haut. Si l'on peut dire que les personnes morales présentent des analogies avec les organismes physiologiques, on doit bien se rendre compte qu'il y a entre eux des différences fondamentales (V. *suprà*, n° 34).

(2) Cela est vrai même lorsque la personne morale envisagée est



la personne morale n'a de volonté et d'intelligence *que par lui*; ce qu'on appelle sa volonté, ce n'est pas autre chose que la volonté même de l'organe, volonté produite par le même processus psychologique et physiologique que si l'organe voulait pour lui-même. Il en résulte : *a*) que parmi les actes de l'organe, il faudra nécessairement distinguer deux catégories : ceux qui lui restent personnels et ceux qui seront attribués à l'être moral qu'il représente. Le *but* de l'acte, la *compétence* de l'organe, voilà des questions à examiner pour savoir à qui l'acte doit être attribué, questions tout à fait étrangères aux relations entre la personne physique et son organe; *b*) que les relations entre la personne physique investie du rôle d'organe et la personne morale doivent elles-mêmes être réglées par le droit ; car si l'organe en tant que tel n'est pas une personne, l'individu qui en joue le rôle a, vis-à-vis de la personne morale des droits et des obligations. Encore des questions absolument étrangères aux organes de la personne physique.

2° Il faudrait se garder de croire, comme pourraient le suggérer quelques-uns des développements consacrés à cette matière par les partisans de la théorie (1), que la

l'Etat, et même pour ceux qui admettraient que le Droit (et par conséquent la personnalité juridique) sont de pures créations de l'Etat ; car même dans cette hypothèse la personnalité de l'individu qui change de nationalité ne disparaît pas.

(1) Jellinek s'est exposé au reproche que nous faisons ici, en disant : « derrière la volonté du représentant, il y a le représenté ; derrière la volonté de l'organe, il n'y a rien. » (*System der subj. öffentl. Rechte*, p. 214). En réalité derrière la volonté de l'organe, il y a la personne morale elle-même, avec laquelle l'organe ne se confond nullement. Mais ce qui est exact, c'est que derrière la

personne morale soit *tout entière* dans ses organes. Il n'est pas inexact sans doute de dire, comme Jellinek le fait dans le passage cité plus haut, que si l'on fait abstraction des organes de l'Etat, celui-ci n'est plus qu'un néant *juridique*. L'organisation étant essentielle pour que l'Etat puisse être conçu comme une personne, le droit ne le connaît plus s'il manque d'organisation et par conséquent d'organe. Mais cette organisation n'est pas le seul élément de l'Etat pas plus que de toute autre personne collective. Le *groupe organisé*, tel est, selon nous l'être réel que, dans le domaine du droit, nous appelons personne morale ; et on ne tient pas compte de tous les faits quand on dit que ce groupe ne peut agir que par ses organes ; *en fait* il peut agir par d'autres voies, et manifeste souvent son existence par des actes qui n'émanent pas des seuls organes. On peut même dire que son but est d'ordinaire atteint au moyen d'actes auxquels participent tous les membres du groupe : réunions d'une société scientifique, littéraire ou d'agrément ; distribution de secours par les membres d'une association de bienfaisance; exercices de course, de tir, etc., par les membres d'une société sportive, etc. (1). Ces actes de fait peuvent même avoir des conséquences juridiques toutes les fois que la loi attache des conséquences de cet ordre à un simple fait : les faits de possession de la part des habitants de la commune, par

volonté de l'organe il n'y a pas *une autre volonté*, qui puisse légalement s'exprimer ; car la personne morale ne peut vouloir que par son organe (Cpr. Preuss, *Uber Organpersönlichkeit*, dans la *Jahrbuch de Schmoller*, t. XXVI, (1902), p. 135.

(1) Cpr. sur ce point, Schlossmann, article précité dans Ihering's *Jahrbücher*, t, XLIV, p. 304 et s.

exemple, ne peuvent être considérés comme indifférents dans les cas où la prescription est invoquée pour ou contre elle (1). Mais il reste exact que l'organe seul a qualité pour faire au nom de la personne morale des actes *juridiques*.

64. Sous le bénéfice de ces deux observations nous admettons la théorie de l'organe. Elle est très supérieure à la théorie de la représentation légale, parce qu'elle rend un compte exact de l'origine de l'organe et de la véritable source de son pouvoir. Au lieu de tout rapporter à la loi, c'est-à-dire à une force étrangère, elle montre l'organe naissant avec la personne morale elle-même, et ne faisant qu'un avec lui. Plus conforme par là à la réalité, elle devra dans la pratique mieux rendre compte des phénomènes juridiques qu'elle est chargée d'exprimer. A ce point de vue sa supériorité consiste surtout à expliquer le fait, pour nous indéniable, que la représentation de la personne morale présente *plus d'étendue* que celle de la personne physique.

La différence à ce point de vue peut, à nos yeux, se formuler ainsi : le représentant ne peut jamais faire, pour le compte du représenté, un acte impliquant la

(1) Notre jurisprudence n'admet pourtant pas que l'usage d'un chemin par les habitants suffise à amener pour la commune, l'acquisition de la propriété par prescription. Elle exige en général des actes de l'autorité municipale enlevant à l'usage des habitants le caractère de précarité et de tolérance. Mais cet usage n'en est pas moins l'un des éléments qui influent sur la question de propriété. D'autre part des faits de possession des terrains communaux par les habitants suffisent à en conserver la propriété à la commune (V. Béquet, v° *Commune*, n° 2359). Ce n'est pas d'ailleurs ici le lieu d'entrer dans un développement de droit positif sur ces divers points.



conscience ou la volonté *personnelle* de ce dernier ; l'organe d'une personne morale peut, au contraire, accomplir pour le compte de cette personne des actes de cette espèce toutes les fois qu'il ne s'agit pas d'actes inconciliables avec la nature de la personnalité morale (comme serait, par exemple, le mariage). Ce principe se justifie théoriquement par l'idée que sans lui les actes de ce genre seraient impossibles, la conscience et la volonté de l'être moral n'existant que dans son organe, et que cette impossibilité conduirait à lui faire, dans le domaine du droit, une situation tantôt défavorable, tantôt privilégiée, incompatible avec la notion d'égalité entre les personnes qui est une règle fondamentale du droit privé. Il se justifie aussi pratiquement par ce fait que les organes d'une personne collective faisant partie intégrante de la collectivité, peuvent être considérés socialement comme exprimant la volonté prépondérante dans le groupe ; si on ne peut pas voir là une volonté collective au sens métaphysique du mot, on peut y voir au moins une synthèse des volontés individuelles des membres du groupe, synthèse que le droit traite comme une volonté collective, parce qu'elle est la seule représentation juridique possible des intérêts collectifs qu'il entend protéger.

A aucun de ces deux points de vue le représentant proprement dit ne peut être traité de la même manière ; il y a toujours derrière lui la volonté au moins possible du représenté ; celui-ci presque toujours est capable d'une certaine volonté personnelle, et là même où l'on pourrait dire qu'il ne l'est pas (comme dans le cas de l'*infans*), cette incapacité absolue n'est que transitoire, en sorte qu'il n'y a aucun intérêt social à permettre à son

représentant des actes exigeant conscience personnelle. D'autre part, entre le représenté et le représentant qui sont deux personnes distinctes il n'y a pas nécessairement union de volonté ; quand cette union n'est pas constatée par un mandat formel, la loi ne doit admettre la représentation que d'une manière limitée, dans la mesure où elle est rendue nécessaire par l'intérêt même du représenté ou par les nécessités sociales.

L'organe, à la différence du représentant, incarne donc *toute la volonté* de l'être collectif. Il peut, comme le disent les auteurs que nous citions plus haut, à condition de rester dans la limite de ses fonctions, et de ne pas enfreindre les prohibitions légales, régler l'existence même de la personne morale, changer son but, la dissoudre, statuer sur le sort de ses biens en cas de dissolution, fixer son domicile ou sa résidence. Les actes illicites qu'il accomplit dans l'exercice de sa fonction sont imputables à la personne morale elle-même et engagent sa responsabilité au moins civile (1). Sa bonne ou sa mauvaise foi sont considérées comme la bonne ou la mauvaise foi du groupe lui-même toutes les fois qu'elle présente de l'importance au point de vue juridique, par exemple en matière de prescription ou d'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi (2). Il

(1) Ce n'est pas ici le lieu d'approfondir l'application de ces diverses idées, ni de rechercher si le groupe peut encourir une responsabilité pénale. V. sur ces points notre étude sur la responsabilité de l'Etat dans *Revue de droit public*, t. III, p. 401 et s. (notamment n°s 6 et s.) ; et la thèse de M. Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, 1899. Nous retrouverons ces questions dans le second volume de cet ouvrage.

(2) Il n'y a donc pas lieu de tenir compte de la bonne ou de la

peut, dans les limites de son pouvoir, prêter un serment, ou faire un aveu engageant la personne morale. Si la personne morale a des droits politiques, tels que le droit de vote, ce sera son organe qui les exercera. Il y a, sur tous ces points, une assez grande différence entre l'organe et le représentant pour qu'il soit nécessaire de les distinguer nettement l'un de l'autre, distinction impossible cependant aux auteurs qui nient la personnalité des êtres collectifs.

64 *bis*. L'organe, tel que nous venons de le définir, n'est pas, en tant que tel, une personne morale ayant des droits distincts de ceux de la personne qu'il représente ou des autres organes de cette même personne (1). Car

mauvaise foi des membres des groupes alors qu'il en serait autrement s'il s'agissait d'un groupe non personnalisé, tel qu'une société vivant sous le régime que nous décrirons plus loin sous le nom de régime de la main commune (V. Dalloz, *Prescription*, n° 937).

(1) Preuss (*Uber Organpersönlichkeit,* dans le *Jahrbuch de Schmoller*, t. XXVI (1902), p. 136-137), développant une théorie déjà admise par Gierke, dans *Schmoller's Jahrbuch*, 1883, p. 1143 et *Genossenschaftstheorie*, p. 157, admet qu'il existe une certaine personnalité de l'organe, en tant que tel ; cette personnalité possède certains droits subjectifs, consistant dans la faculté de faire les actes rentrant dans la compétence de l'organe. Pour lui, la compétence est bien un droit subjectif, mais un droit subjectif *avec qualification particulière*, de même que l'organe est une personne *avec qualification particulière* ; bref, la compétence est le droit subjectif de la personne-organe *comme telle*. Suivant lui, cette conception ne détruit pas l'unité de la personne morale et notamment de l'Etat ; il attribue en effet à la théorie organique dont il est le défenseur, le mérite d'avoir dégagé la notion de « pluralité réunie en unité organique ». « De même que l'unité de la personne collective Etat n'est pas l'opposé, mais l'ensemble, le total des personnes-membres qui la composent, de même l'unité de la compétence totale de l'Etat n'est pas l'opposé, mais l'ensemble, le total des compétences partielles de ses organes ». Le sujet des droits de l'Etat, c'est assurément l'Etat ; mais on ne contredit pas

il n'existe que pour cette personne, et, quand le droit sanctionne un de ses actes, les intérêts qu'il a en vue de protéger sont les intérêts de cette personne, et non ceux de l'organe. Les *conseils, assemblées* ou *collèges* qui jouent le rôle d'organe n'ont donc aucune personnalité ; c'est en réalité aux individus qui les composent qu'appartient la qualité d'organes, c'est-à-dire le droit de vouloir au nom de la personne morale ; seulement la volonté de chacun de ces individus n'est susceptible de produire son effet de droit que lorsqu'elle s'accorde avec la volonté des autres membres de l'assemblée ou de la majorité d'entre eux. C'est ce que l'on appelle l'organisation collégiale de l'organe (1).

cette notion en déclarant que le sujet d'une partie organique des droits de l'Etat est la « personne-organe », qui elle-même est une partie organique de la personne-Etat. — Citant Bernatzik, qui, dans l'*Archiv. für öffentliches Recht* (t. V, p. 317), avait fait remarquer que le droit de punir, de tuer, de priver de la liberté, devait être considéré comme appartenant à l'Etat et non au tribunal, Preuss lui répond qu'en réalité l'Etat a ce droit, mais que le tribunal l'a aussi, et que ce ne sont pas deux droits opposés l'un à l'autre ; car les droits du tribunal X ou du tribunal Y ne sont que des parties organiques du droit de l'Etat.

Cette théorie, très ingénieuse assurément, est difficilement acceptable ; au fond elle ne fait guère que dissimuler la contradiction en l'abritant derrière le mot « organique », qui se prête admirablement à exprimer les plus gros mystères. Ici le mystère consiste à savoir comment le même droit peut appartenir à la fois à deux sujets. Avec la théorie de la volonté, qui est celle de Preuss et de Gierke, on serait conduit à dire que le droit appartient non à l'Etat mais à l'organe ; car au fond rien ne peut masquer le fait que c'est dans l'organe que la volonté réside. Pour nous qui définissons le droit par l'intérêt, il n'y a aucune difficulté à voir le véritable sujet du droit dans la personne morale représentée ; ce sont bien ses intérêts qui sont protégés et non ceux de l'organe.

(1) V. une notion semblable de l'organe collégial dans Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 148.

Une personne morale peut d'ailleurs avoir plusieurs organes distincts. Il y a alors entre ces divers organes un partage d'attributions : chacune représente la personne morale dans un cercle d'action déterminé, et en dehors de ce cercle perd la qualité d'organe. Ce cercle d'action s'appelle la *compétence*. L'organe n'étant pas une personne, la compétence n'est pas pour lui un droit subjectif ; elle est d'ailleurs réglementée, au moins en général, non dans l'intérêt de la personne physique qui joue le rôle d'organe, mais dans l'intérêt de la personne morale elle-même. Il en résulte qu'entre deux organes d'une même personne morale, il ne peut d'ordinaire y avoir procès, lutte juridique, sur leur compétence respective. Nous verrons toutefois qu'il peut y avoir exception à ce principe à raison de certains droits appartenant non à l'organe, mais à l'individu qui en joue le rôle.

Enfin, entre les divers organes d'une même personne morale, il peut y avoir des relations de subordination et de hiérarchie. Il est même indispensable, en cas de pluralité d'organes, qu'il y ait un organe supérieur chargé de ramener à l'unité les manifestations de volonté des divers organes, au cas où elles seraient contradictoires. Dans ce cas les organes inférieurs ont bien qualité, comme les plus élevés, pour élaborer et manifester la volonté de la personne morale ; mais la décision émanée d'eux n'a pas un caractere définitif tant qu'elle est susceptible d'être annulée ou réformée par un organe supérieur. La personne morale fait ici ce que fait une personne physique qui, après avoir pris une décision sur un objet peut, mieux informée, revenir sur cette décision ou la modifiier. Dans les deux cas il s'agit d'une révision de l'affaire qui se produit à l'intérieur de la personne :

la seule différence, c'est que dans l'invidu le processus de cette révision, se passant dans son intelligence, échappe à notre vue, au lieu que dans la personne morale les divers stades de la délibération mettent en rapport les unes avec les autres plusieurs personnes physiques, et peuvent être saisis par la réglementation juridique. Mais cette réglementation juridique sera en principe, comme en matière de compétence, dans l'intérêt de la personne morale elle-même, et ne conférera aucun droit subjectif à ses organes.

L'absence de personnalité de l'organe n'empêche cependant pas toujours que l'individu à qui appartient la qualité d'organe ne puisse avoir un droit subjectif. Si en effet l'organe n'est pas distinct de la personne morale, l'individu qui en joue le rôle en est distinct ; il a, vis-à-vis d'elle des droits et des obligations. Très fréquemment, il *parait avoir*, même contre elle, un *droit à la qualité d'organe*. Nommé à une fonction, dans les formes prévues par la constitution de la personne morale, il paraît avoir, par cela même, le droit d'être reconnu comme investi de cette fonction, et d'en accomplir les actes. Cette apparence se présente par exemple, lorsqu'il a été nommé pour un temps déterminé, comme cela arrive, en droit privé, pour les administrateurs d'une société, en droit public pour la plupart des grands organes de l'Etat : Président de la République, députés, sénateurs, etc. Elle se présente avec plus de vraisemblance encore lorsqu'il s'agit d'organes nommés à vie et irrévocables, ou d'organes héréditaires, comme c'est le cas pour le roi ou l'empereur dans les Etats monarchiques, pour les électeurs dans tous les pays où des assemblées électives participent au Gouvernement. Les individus qui ont ces

diverses qualités peuvent revendiquer en général, sinon par une action judiciaire proprement dite, au moins par des voies de droit, la qualité d'organes qui leur appartient. Toutefois, nous ne pensons pas qu'en règle générale le droit qu'ils peuvent invoquer soit un véritable droit subjectif. La qualité d'organe leur est en effet accordée, non dans leur intérêt propre, mais dans l'intérêt de la personne morale. D'autre part, le droit à la reconnaissance en qualité d'organe se différencie très difficilement du droit à la compétence, qui certainement n'appartient pas à l'organe. Jellinek a, il est vrai, dans une théorie subtile et savante, essaye de concilier la négation du droit à la compétence et l'affirmation du droit à la qualité d'ogane (1). Il fait du droit à la qualité d'organe un *état*, un *Zustand*, qui peut être invoqué *in abstracto*, et qui, comme tel, est intangible, mais dont le *contenu* (c'est-à-dire la compétence) est susceptible de varier indéfiniment sans que pour cela le *status* soit perdu. Mais cette distinction ne lève pas la difficulté ; car si le *status* peut varier indéfiniment on peut le faire décroître jusqu'au point où il ne contient plus aucune prérogative, et alors c'est lui-même qui disparaît. Il

(1) V. dans Jellinek, *System der subj. öffentl. Recht.*, p. 112-113, la définition de l'*Etat* ou *status*, (Zustand) et du *droit*, et pour l'application de cette doctrine à l'électeur, même ouvrage, p. 129, 130 et 139, et pour son application à l'organe en général, *id.*, p. 212 et suiv. Dans cette théorie tout le droit de l'organe se résume dans le droit à être reconnu dans cette qualité, *Anspruch auf Organschaft, auf Anerkannung seiner Individualität als Trægers staatlicher Competenzen* ; c'est cette reconnaissance, cette *Anerkennung* d'un droit abstrait qui remplace pour l'individu chargé du rôle d'organe le droit d'accomplir les actes de sa fonction.

n'est donc pas sérieusement garanti si son contenu n'est pas garanti en même temps ; et cela devient évident lorsqu'on l'applique à une fonction, comme celle d'électeur, qui ne contient qu'une seule prérogative. Jellinek est obligé de dire que le droit qui appartient à l'électeur n'est pas le droit de vote, mais le droit d'être reconnu en qualité d'électeur (1). Il nous paraît évident que quoi qu'il en dise, il ne peut y avoir là qu'un paradoxe ; comme l'a répondu Laband, il ne peut y avoir de droit à la reconnaissance d'un non-droit. Pour que le droit à être reconnu comme organe soit autre chose qu'un mot, il faut qu'il y ait dans la qualité d'organe un contenu positif.

Le droit de l'organe, dans les cas les plus fréquents, n'est donc point un droit subjectif, mais un simple effet réflexe du droit de la personne morale elle-même (Reflexrecht). Il n'y a pour l'individu un droit subjectif à la qualité d'organe que dans les cas exceptionnels où cette qualité lui est reconnue *dans son intérêt,* et non dans l'intérêt de la personne morale. En droit privé, par exemple, un fondateur peut réserver à telle personne, aux membres de telle famille, etc., le soin d'administrer la fondation ; le gérant d'une société en commandité a

(1) Jellinek, *System*, p. 152. « Le droit de vote (*Wahlrecht*), si paradoxal que cela puisse paraître, ne consiste donc point dans le droit de voter (*Recht zù wählen*) ». Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, trad. française, t. I, p. 495-496, note 1, répond que c'est bien au premier chef un paradoxe. On ne peut en effet considérer comme un droit le droit à être reconnu en une qualité qui ne constitue pas elle-même un droit. — Jellinek a repris sa théorie dans *Allgemeine Staatslehre*, p. 381 et s., et p. 512 et s. Il a essayé, p. 382, note 1, de répondre à l'argumentation de Laband, mais sans succès nous semble-t-il. V. d'ailleurs toute cette controverse exposée dans Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 114 et s.

le droit dans son intérêt propre de gérer les affaires de la société ; l'administrateur *statutaire* d'une société anonyme, désigné par les statuts sous la condition formelle que sa désignation ne sera point soumise à l'assemblée générale (loi de 1867, art. 25, al. 2 à 5) a un droit semblable (1). Dans les cas de ce genre, le droit à la qualité d'organe est incontestable. En droit public on peut admettre que l'Etat reconnaît un véritable droit à certains de ses organes, par exemple, dans certaines monarchies, au monarque. On peut même admettre que, dans l'Etat démocratique, il y a un véritable droit pour l'électeur à prendre part par le vote, comme organe créateur d'un autre organe, aux affaires de l'Etat ; car ce droit lui est reconnu aussi bien dans son intérêt que dans celui de la collectivité ; nous reviendrons sur ce point en parlant de l'Etat.

En outre, même là où le droit a la qualité d'organe, ne peut être considéré que comme un réflexe du droit de la personne morale, il sera possible qu'il puisse être défendu, *dans l'intérêt de cette personne morale*, par des voies juridiques dont la mise en mouvement sera confiée à l'organe. C'est ainsi que notre législation permet aux organes du département ou de la commune d'attaquer les actes de l'autorité supérieure qui portent atteinte à l'exercice de leur mandat (2). Dans les cas de ce genre, même si en la forme l'action paraît appartenir à l'organe personnellement, il faut la considérer comme donnée pour garantir non le droit de l'organe, mais le droit de la personne morale elle-même.

(1) Moins fort cependant, car l'administrateur, même statutaire, est révocable.

(2) V. *infrà*.



Enfin, il est à peine besoin d'ajouter que de la qualité d'organe peuvent découler pour l'individu qui en est investi, des droits de nature pécuniaire vis-à-vis de la personne morale : droit au traitement, à la pension, etc. Il n'y a pas lieu ici d'insister sur ce point, qui à notre avis ne présente pas de difficulté sérieuse (1).

VII

65. La limite d'application du concept de personne morale est, en droit privé, difficile à préciser. Tous les groupements organisés, poursuivant un but en commun, ne sont pas des personnes morales. Il est possible, en effet, de poursuivre un but commun, avec des efforts concertés, sans créer un être juridique distinct. Dans ce cas, ce n'est pas la collectivité qui est le sujet des droits constituant le patrimoine affecté au but, ce sont ses membres. On dit alors qu'il n'y a pas personne morale, mais société ou association dénuée de personnalité.

En droit romain, les deux types étaient séparés par un abîme : la personne morale (*corpus*, *collegium*, *universitas*) ne pouvait nullement se confondre avec la simple *societas*, par la raison que celle-ci, simple contrat pro-

(1) M. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 559 et s., refuse de rattacher ces droits à la situation même de l'organe ; pour les fonctionnaires de l'Etat il les fait découler de l'acte de volonté que fait le fonctionnaire à chaque échéance, en signant les feuilles d'émargement. Ceci se rattache chez lui à sa théorie sur l'origine des droits subjectifs, qui ne pourraient naître que d'un acte de volonté. Ce n'est pas ici le lieu de discuter cette théorie. Dans l'espèce, elle aboutit à un résultat inacceptable, car le fonctionnaire a droit acquis à son traitement alors même, par exemple, qu'il mourrait avant d'avoir signé les feuilles d'émargement.

ducteur d'obligations, n'avait d'effet qu'entre ses membres, *à l'intérieur* de l'association et non à l'égard des tiers (1). Il n'y avait donc pas, dans la *societas*, la formation d'un patrimoine séparé, gage exclusif des créanciers sociaux, ni les apparences de personnalité morale qui se présentent dès qu'on admet une formation de ce genre ; le patrimoine social restait incontestablement en état de copropriété entre les associés, et cette copropriété ne résultait même pas du contrat lui-même ; il fallait (sauf en matière de société universelle), pour qu'elle existât, que l'apport fût réalisé par un des modes normaux de transfert de la propriété ; le contrat de société, comme tous les autres contrats, était simplement productif d'obligations (2). Cette manière de concevoir la société est encore, pour les sociétés civiles, celle de nos anciens auteurs et, croyons-nous, celle des rédacteurs du Code civil (sauf application des nouveaux principes sur le transfert de propriété). Mais vis-à-vis de cette notion de la société les besoins du commerce avaient, dès une époque déjà ancienne, créé d'autres types se rapprochant bien davantage de la personnalité morale. Du moment que la société a une existence *externe*, et que les stipulations du contrat passé entre les associés ont pour effet de créer à la masse des biens mis en commun un régime spécial dont les effets se font sentir aux tiers, on rapproche la société de l'*universitas* au point qu'elle en devient parfois malaisée à distinguer. En France, on a commencé par appliquer sans discussion aux sociétés commerciales, qui présentent ce caractère, la qualifica-

(1) V. Girard. *Manuel de droit romain*, 2e éd., p. 564 et 565 note 1.

(2) V. Girard, *op. cit.*, p. 565, note 2.



tion de personne morale. Leur donner cette qualification dans la pensée des auteurs, c'était seulement les déclarer soumises à un certain régime juridique dont le principal élément était l'*affectation exclusive du patrimoine social au but social*, avec toutes les conséquences qu'elle entraîne (droit de préférence des créanciers sociaux sur le patrimoine social, impossibilité pour les créanciers personnels de saisir ce patrimoine, impossibilité de compensation entre créances sociales et dettes personnelles). A côté de cet élément principal, on rencontrait d'ailleurs, dans le régime des sociétés commerciales, certains autres traits caractéristiques qui semblaient, eux aussi, découler de la notion de personnalité : possibilité pour la société d'ester en justice en son nom personnel par l'intermédiaire de son gérant ; caractère mobilier de la part d'associé, même quand le patrimoine social comprend des immeubles. Les auteurs étaient d'accord pour admettre que ce régime, pris dans son ensemble, ne pouvait s'expliquer que par l'idée de personnalité (1). Et quand ils discutaient la question de personnalité des sociétés *civiles*, c'était encore simplement l'existence de ce régime qui était en discussion (2).

(1) V. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial* (1884), t. I, nos 280 et s., et *Traité*, t. II, nos 126 et s., 2e éd., p. 101 et s. — Paul Pont, *Sociétés civiles et commerc.*, t. I, n° 124. — Aubry et Rau, 4e éd., t. I, § 54, notes 20 à 26. Pour montrer que ce régime s'applique aux sociétés commerciales (chose d'ailleurs incontestable), on se base sur une tradition déjà ancienne (elle remonte au moyen âge) et sur les textes qui admettent d'une manière formelle quelques-uns des traits du régime indiqué, notamment l'article 529 du Code civil et l'article 69 6° du Code de procédure.

(2) Contre la personnalité entendue en ce sens : Thiry, *Revue critique*, t. V, p. 412 et s. Aubry et Rau, 4e éd., t. IV, § 377,

66. Mais voici que certains auteurs se sont avisés de soutenir, il y a peu d'années, que ce régime pouvait s'expliquer tout entier sans avoir recours à la notion de personnalité. M. Mongin, qui le premier en France a posé nettement cette thèse (1), a cherché à expliquer une à une toutes les règles de ce régime, en les ramenant à une simple interprétation de la volonté des parties ; et il a conclu que, sur ces divers points, les sociétés dénuées de personnalité pouvaient être assimilées aux sociétés que la tradition considérait comme des personnes morales. Depuis lors, M. Saleilles a essayé de montrer que les règles de la commandite commerciale pouvaient se ramener, non à l'idée de personnalité morale, mais à l'idée plus simple et plus naturelle d'un patrimoine d'affectation formant une copropriété en main commune, c'est-à-dire continuant d'appartenir aux associés mais soumis à un régime d'administration unitaire (2). Enfin,

note 16. Paul Pont, *op. cit.*, nos 125-126. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société, Prêt, Dépôt*, n° 11. Boistel, *Droit commercial*, n° 163. Laurent, t. XXVI, n° 181. De nombreux arrêts anciens ont statué dans ce sens. — En faveur de la personnalité, Troplong, *Sociétés*, n° 58. Dalloz, *Rép.*, v° *Sociétés*, n° 182 et les auteurs qu'il cite. La jurisprudence paraît aujourd'hui orientée en ce dernier sens. Req., 23 février 1891, D., 91. 1. 337 ; S., 92. 1. 73, et la note de M. Meynial ; 2 mars 1892, D., 93. 1. 189 ; S., 92. 1. 497 et la seconde note du même auteur.

Les adversaires de la personnalité des sociétés civiles ont d'ailleurs souvent la personnalité de celles qui avaient revêtu les formes commerciales. Aubry et Rau, § 377, note 17.

(1) *Revue critique*, 1890, p. 712 et s. Avant M. Mongin, M. Van den Heuvel avait, en Belgique, donné des explications analogues, mais en en tirant des conséquences beaucoup plus radicales (V. *suprà*, n° 24).

(2) *Etudes sur l'histoire des sociétés en commandite*, n° 54 et s. dans *Annales de droit commercial*, 1897, p. 32 et s. — Junge

M. Thaller, généralisant la méthode et l'appliquant à toutes les sociétés commerciales, s'est efforcé de ramener toutes les particularités qu'elles présentent à cette idée qu'elles constituent des associations *à existence externe*, dont les stipulations sont soumises à la publicité et s'imposent par là même aux tiers comme aux associés eux-mêmes (1). Les explications données par ces divers auteurs se rapprochent singulièrement de celles qui sont présentées par MM. Van den Heuvel et de Vareilles-Sommières (2). Elles en diffèrent en ce qu'au lieu d'être présentées comme applicables à *toutes* les personnes morales, elles sont données comme se limitant aux sociétés ou même à certaines d'entre elles. Elles intéressent donc non plus l'existence du concept de personne morale, mais sa limite, et à ce titre elles sont des plus utiles à discuter.

Cette question de limite a d'ailleurs fait l'objet de travaux importants à l'étranger, principalement en Allemagne et en Italie. Mais la question n'y a pas porté uniquement sur la nature des sociétés commerciales. Elle a donné lieu à des discussions plus complexes. L'idée première, que sous des formes diverses on retrouve dans toutes ces discussions, c'est qu'entre le régime de la personnalité juridique, et celui de la *societas* romaine, on peut imaginer, à condition de modifier quelques-unes des règles de la *societas*, ou de recourir à des principes nouveaux, un ou plusieurs régimes intermédiaires,

Vandenotte, *Annales de droit commercial*, 1898, p. 437 et s, Gény, *Méthode d'interprétation*, n° 70. et Saleilles, *Bulletin de la Soc. de législ. comp.*, 1900, p. 125 (biens communaux).

(1) *Traité élément. de droit commercial*, 3e éd. nos 274 et s.

(2) V. *suprà*, nos 24 et 25.



qui rapprocheront le groupement de la personnalité juridique, sans que son patrimoine cesse pour cela d'appartenir aux associés individuellement (1).

67. Le plus important de ces régimes intermédiaires est celui de la *propriété en main commune* (Gesammte Hand), qui est en Allemagne d'origine ancienne, qui a donné lieu à bien des discussions, mais qui est aujourd'hui précisé par le Code civil allemand, et appliqué par lui à des groupes bien déterminés, notamment aux sociétés civiles (§§ 705 et s., particulièrement §§ 712 à 722), et à la communauté conjugale (§§ 1437 et s.). Aux yeux de la plupart des auteurs ce régime ne suffit pas d'ailleurs à expliquer les règles des sociétés commerciales. Pour les uns ces sociétés sont toutes des personnes morales (2). Pour d'autres, elles appartiennent, au moins en partie, à un type intermédiaire entre la société avec *Gesammte Hand* et la personne morale du droit romain ; Gierke et son école y voient des *Genossenschaften* du droit allemand dans lesquelles il y a une sorte de partage de la propriété entre l'être collectif et ses membres (3).

(1) Sur les divers systèmes, si nombreux qu'il est presque impossible de les analyser complètement, cpr., pour compléter les explications données au n° suivant : Bourcart. *De l'organisation et des pouvoirs des assemblées générales dans les sociétés par actions* (1905), n° 10. L'auteur y analyse les divers systèmes en prenant pour guide l'ouvrage de Renaud. *Das Recht der Actiengesellschaften.*

(2) P. ex. Eccius, *Die Stellung der offenen Hundelsgesellschaft als Prozess partei* dans *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. XXXII, p. 1 et s.

(3) La théorie de la *Genossenschaft* a été introduite dans la doctrine allemande pour combler le vide existant entre la corporation et la *societas* (en entendant ces deux mots au sens romain). Elle a commencé par considérer la Genossenschaft comme un type

Sohm y voit aussi des *Genossenschaften,* mais en donnant à la notion de *Genossenschaft* un autre contenu que

intermédiaire entre ces deux extrêmes. Mais dans sa dernière forme telle que Gierke l'a présentée, elle constitue plutôt une sorte d'élargissement de la notion de corporation, qui permet d'admettre l'existence d'une série de corporations à type différent, allant depuis la pure corporation romaine jusqu'à un type de corporation tout voisin de la societas. Gierke conserve bien en principe l'idée que la corporation est un *sujet de droit* et la société un simple *rapport de droit*. Mais d'une part, il admet dans la corporation une sorte de combinaison organique des droits de la collectivité et des droits de l'individu ; la collectivité est, en un certain sens, propriétaire du patrimoine commun. ce qui n'empêche pas l'individu de l'être aussi d'une certaine manière. Par là il donne à la notion de corporation, comme il le dit lui-même (*Cenossenschaftstheorie,* p. 306) une extraordinaire *élasticité.* Il permet d'y ramener à la fois les groupements où les droits du groupe dominent de bien haut les droits de l'individu et ceux au contraire où le groupe n'a d'autre but que la réalisation des fins particulières de ses membres (tels que les sociétés commerciales ou quelques-unes d'entre elles). D'autre part, Gierke admet, grâce au principe de la *Gesammte Hand,* que la société, elle aussi, peut présenter des types divers, allant depuis la *societas* romaine jusqu'aux confins de la corporation. Ainsi disparaît entière ment l'abîme que le droit romain avait creusé entre les deux notions. Il disparaît si bien que la ligne séparative devient fort incertaine, et cette incertitude a été l'une des grosses objections opposées au système de Gierke. Il établit une opposition entre la société et la *Genossenschaft* sans indiquer à quel signe elles se distinguent l'une de l'autre (V. Laband, *Zeitschrift für Handelsrecht,* t. XXX, p. 488 et s.). Mais Gierke voit là un avantage, celui de serrer le plus près la réalité (V. sa réponse à Laband dans *Genossenschafts theorie,* p. 308, note 1). Il est impossible pour lui de ramener à un seul les caractères qui distinguent la corporation (entendue avec son sens large de *Genossenschaft*). de la société (entendue au sens arge dans lequel on y comprend la société avec *Gesammte Hand*). C'est l'*ensemble* des caractères du groupement qu'il faut examiner pour en faire le classement, et il arrivera que deux groupements, identiques dans leur apparence extérieure, pourront être classés, l'un parmi les sociétés, l'autre parmi les corporations, suivant que cela sera expédient au point de vue pratique. Gierke déclare tout

celui de Gierke, et en admettant que la propriété y est tout entière aux associés, la collectivité ne retenant pour elle que l'*administration* du patrimoine (1). D'autres auteurs y voient des groupements ayant une personnalité juridique *purement formelle*, différant de la personnalité proprement dite par ce fait que les associés et non le groupe sont en réalité propriétaires du fonds social (2). D'autres enfin distinguent, accordant la personnalité à quelques sociétés commerciales et non aux autres ; et parmi ceux-là il y a encore des divergences, les uns voyant le critérium de la personnalité dans la consistance variable de l'association, d'autres, dans le fait que les associés ne sont pas tenus personnellement des dettes sociales, d'autres, dans la structure intime et l'organisation de la société (3).

à fait arbitraire le criterium admis par Laband (l'obligation aux dettes pour les associés). En un sens analogue, v. Regelsperger, *Pandekten*, § 80, III. Parmi les caractères déterminants, Gierke paraît cependant attacher une importance particulière à l'organisation corporative (V. *cod. op.*, p. 35 et s.).

(1) Sohm, *Die Deutsche Genossenschaft*, dans *Festgabe für Winscheid*, Leipzig, 1888. — V. notamment dans cet article, p. 27 et s., la comparaison entre la Gesammthand et la Genossenschaft, p. 33 et s., la comparaison entre la Genossenschaft et la personne morale.

(2) Gareis, *Das deutsche Handelsrecht* (6e éd., 1899), p. 176 et s. — Gareis et Fuchsberger, *Das Allg. Deutsche Handelsgesetzbuch* (1891), p. 210. — Unger. *System der cesterreichen Privatrechts*, § 43. — Meurer, *Die jurist. Personen* (1901), § 8, notamment p. 77 et s. — Gierke considère cette idée d'*unite formelle, unité collective*, comme équivalente, si on la distingue de la personnalité morale, au principe de la Gesammte Hand (*Genossenschafts theorie*, p. 341, note 3).

(3) Les divers systèmes sur ce point ont été passés en revue par Laband, *Beiträge zür Dogmatik des Handelsgesellschaften* (dans *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. XXX, p. 469 et s.).

En Italie, il règne parmi les auteurs une confusion analogue. Certains d'entre eux, fidèles au système classique français, voient dans toutes les sociétés commerciales des personnes morales (1). D'autres construisent pour elles une théorie analogue à celle de la Gesammte Hand du droit allemand (2). D'autres enfin admettent à leur égard une sorte de personnalité relative, n'existant qu'*à l'extérieur*, ce qui est l'équivalent de la personnalité *formelle* admise par les auteurs allemands (3).

Pour s'orienter au milieu de cette foule d'opinions contradictoires (4), il faut chercher à résoudre les trois

— Lui-même admet la personnalité des sociétés dans lesquelles les associés sont personnellement tenus des dettes sociales, non des autres.

(1) C'est en Italie comme chez nous, le système classique : V. Giorgi, *Persone giuridiche*, 2e éd., t. I, nos 27 et s. ; t. IV, nos 153 et s. ; Fadda et Bensa, notes sur *Windscheid*, t. I, p. 802 et s. ; Vivante, *La personalita giuridica delle societa commerciali* (Extrait de la *Rivista di diritto commerciale*. 1re année) ; Vighi, *La personalita giuridica delle societa commerciali*, 1900.

(2) Manara, *Delle societa di commercio irregulari a del loro fallimento*, 1898.

(3) V. dans Manara, *op. cit.*, nos 11 et 12, l'analyse de la discussion du Code de commerce italien, où l'on voit apparaître ce système ; Vigliani oppose la *personne juridique*, qui a des droits propres indépendants de ceux de ses membres à l'*être collectif*, qui n'a pas de droits propres, mais seulement les droits combinés des associés. — Pescatore considère les associés comme copropriétaires dans leurs rapports *internes*, en sorte que la personnalité n'existe *qu'à l'extérieur*. — Le même Pescatore (*Filosofia et dottrine giurid.*, Turin, 1879, II, p. 140 et s.) distingue dans ses ouvrages les êtres juridiques en *absolus* et *relatifs*. Beaucoup d'auteurs, tout en voyant dans les sociétés commerciales des personnes morales, en font une catégorie à part en opposant les *corpi morali*, aux simples *enti collectivi* (Vivante Dirito commerciale, 1893, t. I, no 287.

(4) Les législations diverses ne sont pas assez explicites pour



questions suivantes : 1° Peut-on admettre un régime intermédiaire entre celui de la personne morale et celui de la *societas* romaine, et en quoi peut consister ce régime ? 2° En quoi ce régime différera-t-il de celui de la personne morale ? 3° Quels sont, parmi les groupements dont la nature est douteuse, ceux qui peuvent y être soumis et ceux auxquels, au contraire, la notion de personnalité est indispensable ?

68. 1° Peut-on admettre un régime intermédiaire entre celui de la personne morale et celui de la *societas* romaine, et en quoi peut consister ce régime ?

En théorie pure, il ne nous paraît pas douteux que l'existence de ce type intermédiaire soit possible et désirable. La personnalité juridique classique est un type rigide, dans lequel le patrimoine apparaît comme appar-

fournir sur ce point des indications sûres. Quelques-unes attribuent expressément aux sociétés commerciales la personnalité morale (C. de comm. espagnol de 1885, art. 116, § 2), ou une individualité juridique distincte de celle des associés (loi belge du 18 mai 1873, art. 2). Le Code suisse des obligations reconnaît expressément la personnalité morale aux sociétés anonymes et aux sociétés en commandite par actions (art. 623 et 676). Le Code de commerce italien (art. 77, § 3) reconnait aux sociétés commerciales la qualité d'être collectifs, distincts de la personne des associés, mais seulement *à l'égard des tiers*, ce qui laisse la porte ouverte aux discussions sur la vraie nature juridique de ces groupements. D'autres législations assez nombreuses, se contentent comme la nôtre de donner des règles pratiques d'où l'on peut induire, avec plus ou moins de certitude la personnalité. Par exemple, Code de commerce allemand de 1897, art. 124, 161, 210. « La société par action a comme telle des droits et des devoirs ; elle peut acquérir des immeubles et d'autres droits réels sur des immeubles, actionner et être actionnée en justice. » De même le Code suisse des obligations pour les sociétés en nom collectif et en commandite simple (art. 559 et 597). Cpr. sur ces notions de droit comparé, les explications de M. Bourcart, *op. cit.*, n° 6.

tenant à l'être moral et non à ses membres. Même en lui donnant, comme le fait Gierke, et comme nous le faisons nous-mêmes dans une certaine mesure, une interprétation plus souple, dans laquelle on tient compte de la nature collective de l'être moral, et de la situation particulière dans laquelle il se trouve vis-à-vis de ses membres, il reste que ceux-ci ne sont point des copropriétaires du fonds social. D'autre part, le régime de la copropriété classique, qui est celui de la pure *societas*, est un régime très imparfait, ne répondant nullement au rôle actif que les sociétés sont appelées à jouer dans le monde actuel. On conçoit très bien la possibilité de modifier ce régime sans renoncer pour cela à l'idée que le patrimoine est la copropriété des associés ; on conçoit aussi que, pour certains groupements, cette analyse serrera de plus près la réalité que celle qui cherche à y trouver un être juridique distinct des membres.

Le trait principal de ce type intermédiaire, auquel on peut donner le nom connu de propriété en main commune, est celui que nous avons déjà dégagé : affectation exclusive du patrimoine commun au but social, affectation rendue publique et par là opposable aux tiers. Cela suffit à expliquer (au moins théoriquement, et en faisant abstraction des textes ou des traditions des diverses législations positives), plusieurs des règles pour lesquelles l'ancienne doctrine avait l'habitude de voir dans la personnalité morale, la seule explication possible. « Elle suffit notamment, dit notre collègue, M. Josserand, dans un travail dont les conclusions se rapprochent beaucoup des nôtres sur ce point (1), à soustraire les biens mis en commun à toute

(1) *Essai sur la propriété collective,* dans le *Livre du Cente-*

impulsion individuelle de la part des ayants droit, qui ne pourront ni les aliéner ni les hypothéquer, même pour partie, et qui ne pourront pas davantage, en assumant des obligations, les faire pénétrer dans le gage de leurs créanciers personnels. Sociaux par leur destination, les biens placés sous la main commune ne sauraient recevoir qu'une impulsion sociale et constitueront donc le gage exclusif des créanciers sociaux..... Pour la même raison, il ne faudra pas parler de compensation entre un rapport obligatoire personnel à un associé et un rapport qui figure activement ou passivement dans le patrimoine collectif..... L'autonomie du patrimoine collectif suffit à assurer ces résultats et d'autres encore, sans qu'il soit besoin de faire appel à l'idée de personnalité ». L'existence de cette copropriété en main commune n'est liée à aucun mode d'administration particulier. Théoriquement, on doit admettre qu'en dehors de toute convention contraire les actes d'administration ou de disposition du patrimoine commun ne pourront être faits que par la communauté elle-même, c'est-à-dire par l'unanimité des membres copropriétaires. Mais, pratiquement, on trouve dans beaucoup de groupements dont le patrimoine est en main commune des règles d'administration conventionnelles ou légales, qui donnent le droit exclusif d'aliéner ou d'administrer à certains représentants du groupe. Le régime de propriété en main commune *joint à une administration centralisée* donne alors au groupe un aspect qui se rapproche beaucoup, à première vue, de celui d'une corporation ou groupement

naire du Code civil, p. 357 et s. Le passage cité est à la page 365 (p. 11 du tirage à part).

(1) *Ib.*, p. 376 (p. 22 du tirage à part).

personnalisé. Mais en réalité il n'y a là qu'une apparence, et la situation de l'administrateur d'une société de ce genre, qui n'est qu'un simple mandataire des autres associés, diffère notablement, nous l'avons vu, de la situation de l'administrateur d'une personne morale, qui est un organe.

L'unité d'administration peut aller théoriquement jusqu'à l'unité de la représentation en justice ; et il n'y aura même à cela nulle difficulté dans les législations qui n'admettent point la règle : nul ne plaide par procureur. Dans celles qui maintiennent ce principe, le groupe ne pourra être représenté en justice par son administrateur qu'en vertu d'une exception à la règle générale. Cette exception est assurément possible ; mais elle n'aura d'autre effet que de supprimer la nécessité de mentionner tous les membres du groupe dans les actes de la procédure. Elle ne peut avoir pour effet de rendre les membres de ce groupe étrangers au procès ; car c'est bien leur droit qui est déduit en justice, et non le droit d'une personne juridique distincte d'eux-mêmes.

D'autre part, quel que soit le mode d'administration des biens placés en main commune, on peut admettre que les actes faits par les copropriétaires sur le patrimoine social sont entièrement nuls quand ils ne sont pas faits en conformité des règles d'administration admises par le pacte social. La vente ou la constitution d'hypothèque qu'un associé ferait au sujet d'un bien social pour ses besoins personnels serait donc entièrement nulle, et ne dépendrait pas des résultats du partage. En d'autres termes, on n'appliquera pas à la copropriété en main commune la règle de l'article 883 du Code civil, qui n'y aurait nulle raison d'être.

Il y a plus de doute, à notre sens, sur le point de savoir si la société établie sous ce régime peut être l'objet d'une déclaration de faillite distincte de la faillite de ses membres. Nous croyons pourtant qu'en théorie pure on peut l'admettre sans se mettre en contradiction avec l'idée fondamentale du régime. Du moment que l'on introduit une séparation des patrimoines ayant pour conséquence l'affectation exclusive du patrimoine social aux créanciers sociaux, il n'est pas illogique d'admettre une liquidation de ce patrimoine par des procédés semblables à ceux de la faillite d'une personne. Toutefois, dans la plupart des cas, sinon dans tous, la faillite d'une société de ce genre entraînera la faillite d'au moins une partie de ses membres ; car, puisqu'il n'y a point de personne morale, il faut bien que quelques-uns au moins parmi eux soient tenus *in infinitum* sur leurs biens personnels. Et cela montre qu'il y a quelque chose d'artificiel dans l'application de la faillite à une société de ce genre.

Nous admettons aussi la possibilité théorique de faire *au nom du groupe* une inscription sur les registres constatant les actes translatifs de propriété ou constitutifs de droits réels. Le groupe peut apparaître là dans son unité, puisqu'il s'agit de constater que le bien entre dans le patrimoine soumis à un régime spécial, ou qu'il en sort. Mais là encore, des doutes sont possibles ; et on doit considérer cette facilité donnée au groupe, quand elle existe, comme une faveur qui lui est faite, une mesure de simplification peu logique, la vérité étant dans la propriété des membres.

On peut admettre enfin, mais toujours à titre de mesure de simplification plus ou moins fictive, l'application au groupe de la règle de l'article 529 du Code

civil, qu'on a si souvent regardée comme un signe caractéristique de la personnalité morale. Logiquement, les membres du groupe, n'étant que des copropriétaires, doivent être regardés comme ayant dans leur patrimoine des meubles et des immeubles dans la proportion où ils figurent au patrimoine social. Mais le législateur peut, dans un but économique, appliquer à des immeubles les règles juridiques des meubles et réciproquement. S'il a pu permettre de considérer comme immeubles les actions de la Banque de France, on ne voit pas pourquoi il lui serait interdit d'assimiler à des meubles les actions d'une société, même propriétaire d'immeubles. À ce point de vue, on peut admettre que l'article 529 ne prouve rien au point de vue de la personnification des sociétés auxquels il s'applique. Mais il n'en est pas moins vrai que sa disposition n'est conforme à la logique du droit que pour les groupements personnifiés ; pour les autres, elle est une fiction admise par le législateur *utilitatis causâ*.

Cet aperçu théorique du régime des biens placés en main commune montre qu'il y a là une institution qui n'est point spéciale aux pays germaniques. Elle est réalisée suivant nous dans certaines sociétés commerciales ; peut-être aussi (nous le verrons plus loin) (1) dans les associations non douées de personnalité. Pour les sociétés *civiles*, on peut éprouver des doutes sérieux. On les classera sous cette étiquette si l'on admet pour elles l'interprétation que M. Mongin a donné de l'article 1860, avec toutes ses conséquences (2). Elles resteront sous

(1) V. *infrà*, ch. IV.

(2) L'article 1860 déclare que l'associé non administrateur ne peut aliéner ni engager les choses qui dépendent de la société.

le régime de la *societas* romaine, peut-être avec certaines modifications, si on repousse cette interprétation. Mais c'est là une discussion que nous ne croyons pas avoir à approfondir ici.

70. 2° En quoi ce régime diffère-t-il du régime de la personnalité morale?

Il est incontestable que la société dont le patrimoine est en main commune ressemble beaucoup à une personne morale. Elle en est cependant séparée par une différence fondamentale: dans la personne morale le patrimoine n'appartient plus aux membres, mais à l'être moral; dans la société en main commune il est la copropriété des membres (copropriété modifiée par des règles spéciales). La société reste un simple *rapport de droit* ne donnant naissance à aucun sujet de droit nouveau d'où résulte que les droits et obligations qui composent le patrimoine ont pour sujet les associés eux-mêmes. La personne morale est un *sujet de droit* qui est, là où elle existe, seule titulaire des droits et obligations du groupe.

Cette règle, dit M. Mongin, ne peut pas signifier que l'associé n'a pas le droit d'aliéner la *totalité* du bien commun ; car cela était évident, donc inutile à dire. Elle signifie qu'il ne peut pas même aliéner *sa part* dans le bien commun. — Cette interprétation contraire à la doctrine de Pothier est déjà douteuse (V. Paul Pont, *Sociétés*, n° 588). — M. Mongin admet en outre que la règle ainsi établie est *opposable aux tiers*, et c'est ce qui lui permet d'en tirer toutes les conséquences qui rapprochent à ses yeux la société civile de la personnalité morale (impossibilité pour les créanciers personnels de se payer sur l'avoir social) ; il cree ainsi au profit des associés une sorte de droit réel sur le fonds social. Mais cela encore ne va point sans difficulté. Si l'on admet cette thèse les sociétés civiles ont, comme les sociétés commerciales non douées d'une véritable personnalité, le régime de la main commune avec administration unifiée. Si on ne l'admet pas, il n'y a plus dans la société civile que l'indivision et la *societas* romaine.

Cette différence ne peut être effacée par aucune des modifications que l'on peut concevoir au régime de copropriété. Il en résultera notamment que dans la société avec main commune, la *capacité* des membres du groupe influera sur la validité des actes sociaux : si parmi eux se trouve un mineur, les biens sociaux seront, dans la mesure où ils sont sa propriété, soumis au régime des biens des mineurs; ils ne pourront être aliénés que sous les conditions fixées par la loi pour cette aliénation; ils seront protégés contre la prescription au profit d'un tiers par la règle de suspension de l'article 2252 ; ils ne pourront pas être achetés par son tuteur (article 1596), etc. Si une libéralité est adressée à la société, ce seront en réalité ses membres qui en bénéficieront et il faudra tenir compte de leur personne au point de vue des incapacités de recevoir, de l'obligation du rapport, etc. — Sur tous ces points la théorie de la personnalité morale aboutit à des résultats diamétralement différents (1).

(1) On sait quelles difficultés se sont élevées sur la question de savoir si les sociétés de gain pouvaient recevoir des libéralités. M. Labbé, qui a soutenu énergiquement la négative (*Sirey*, 81. 2. 249, et *Revue critique*, 1882, p. 345 V. dans le même sens Tissier, *Dons et legs*, nº 87), s'est appuyé notamment sur l'idée que les droits de la société n'étaient pas nettement séparés des droits des associés, et qu'en conséquence en gratifiant la société on gratifie en réalité les associés eux-mêmes. Il en conclut que c'est à ceux-ci seulement qu'une libéralité peut être adressée, parce que c'est dans leur personne qu'il faut apprécier les questions de capacité, de rapport, etc. L'objection ainsi faite à la capacité des sociétés est exacte pour les associations auxquelles convient le régime de la main commune, inexacte pour les autres. Dans les sociétés qui forment de véritables personnes morales (telles que les sociétés anonymes), il n'y a pas de danger qu'en gratifiant la société on ait en vue de gratifier les associés personnellement. Cpr. Thaller. Note dans *Dalloz*, 1896, 1. 145. — La plupart des auteurs ainsi que la

De même, si la société avec main commune *este en justice,* fût-ce avec la possibilité de constituer pour cela un mandataire unique, il faudra admettre que les associés sont en réalité *parties* au procès, car ce sont leurs droits qui sont en cause, même lorsqu'ils sont défendus par un mandataire. De là, comme conséquence, la faculté pour l'adversaire de les *récuser* comme juges (art. 378, Proc.) l'impossibilité pour eux de déposer comme témoins, le droit de *reprocher* comme tels leurs parents et alliés. De là encore l'impossibilité pour eux de former tierce-opposition au jugement (art. 474, Proc.) et le droit de leur déférer le serment sur les faits qui sont à leur connaissance, même si ce n'est pas par eux que la société est représentée en justice (art. 1359). Sur tous ces points encore il faut introduire l'idée de personnalité pour arriver à d'autres solutions (1).

jurisprudence admettent aujourd'hui la capacité des sociétés en cette matière. On doit l'admettre en précisant : que dans les sociétés qui forment réellement des personnes morales c'est la société qui est la gratifiée réelle, tandis que dans les autres les gratifiés réels sont les associés.

(1) La jurisprudence sur ces divers points ne paraît pas suivre de principes bien arrêtés. Elle admet aujourd'hui, d'une façon formelle, à déposer dans les affaires intéressant une commune les habitants et les conseillers municipaux de cette commune. Cass., 1er juillet 1890, D., 90, 1. 355 ; 6 mai 1896, D., 96. 1, 493 ; Alger, 14 mars 1900, D., 1901, 2. 238. Elle admet aussi le maire et le curé à déposer dans un procès intéresant la fabrique. Req. 23 janvier 1877, D., 78. 1. 70. Elle ne fait exception, pour ces diverses personnes, que si elles ont au procès un intérêt distinct, ou si elles peuvent, à raison des délibérations auxquelles elles ont pris part, être considérées comme ayant délivré un certificat sur le fait à établir, ou exprimé une opinion équivalente à un certificat. Il y a au contraire des décisions permettant de reprocher comme témoins les actionnaires d'une société qui est partie en cause. Douai 28 jan-

De même encore, dans une société avec main commune, les dommages causés aux tiers par les fautes des représentants de la société devront être appréciés d'après les règles qui régissent les relations entre individus. Les associés ne seront tenus des fautes de leurs représentants que si on peut considérer ces représentants comme leurs préposés au sens de l'article 1384, C. civ., c'est-à-dire s'ils les ont choisis directement ou indirectement et conservent sur eux un certain contrôle. Mais alors ils en seront responsables *in infinitum*, même sur leurs biens personnels; car si l'on peut admettre la faculté de limiter, par un contrat dûment publié, les conséquences des engagements *contractuels* pris par un mandataire ou un administrateur, il paraît impossible d'admettre que l'on puisse s'affranchir des conséquences de la faute de son préposé, alors que la loi l'a établi d'une manière impérative en vertu d'une présomption de faute du commettant. — Au contraire nous croyons que la personne morale peut être considérée comme commettant une faute *personnelle*, quand la faute provient de son organe et qu'elle peut alors être poursuivie non en vertu de l'article 1384, mais en vertu de l'article 1382. Mais cette responsabilité n'atteindra pas les membres du groupe en tant que tels. Le patrimoine social sera donc seul affecté au paiement de l'indemnité (1).

Nous croyons encore qu'il est impossible d'appliquer aux sociétés avec main commune la règle permettant de constituer un *usufruit* au profit d'une personne (art. 619),

vier 1853, D., 55. 5. 179 ; Cour de justice de Genève, 24 mars 1884, Dall., *Suppl. Rép.*, v° *Enquête*, n° 237.

(1) Là encore nous renvoyons les détails au second volume de cet ouvrage.



car l'usufruit suppose nécessairement un sujet sur la tête duquel il repose et avec lequel il s'éteint. Dans une société sans personnalité, il ne peut y avoir qu'un usufruit des associés, avec toutes ses conséquences.

Enfin on pourra attribuer à une personne morale une *nationalité* et un *domicile*, qui seront indépendants de la nationalité et du domicile des associés. Dans la société avec main commune on pourra trouver un domicile *élu* par les associés, pour une fin limitée ; mais il sera impossible de lui assigner un domicile général, au sens de l'article 102 du Code civil, et encore moins une nationalité. A tous les points de vue, il faudra avoir égard uniquement à la nationalité des membres ; si une société de ce genre se forme entre membres de nationalité diverse, cela pourra constituer une complication ; mais les difficultés qui en résulteront devront être tranchées par une autre voie que la détermination d'une nationalité sociale.

On voit que, même en faisant la part très large, comme nous l'avons faite au régime de la main commune, il subsiste encore entre ce régime et la personnalité morale des différences importantes. Il nous reste en conséquence à examiner uue dernière question que n'ont pas à trancher ceux qui confondent les deux théories.

71. 3° Quels sont parmi les groupes ayant des intérêts collectifs, ceux à qui peut suffire le régime de la main commune ? Quels sont au contraire ceux à qui la notion de personnalité est indispensable ?

C'est ici le nœud de la question si délicate de *limite*.

Pour avoir la solution du problème, il faut remonter à la théorie générale de la personnalité morale, et recher-



cher si l'on trouve, dans les groupements dont la nature est douteuse, les deux caractères indiqués plus haut comme étant ceux de la personne morale : intérêt collectif et permanent, organisation d'une volonté collective. Mais ce n'est pas ce second caractère purement formel, qui peut nous fournir le critérium, car il est susceptible d'appartenir à tout groupement formé en vue de poursuivre un but en commun. Une simple société peut avoir une organisation modelée sur l'organisation corporative, avec des droits de décision appartenant à une majorité ou à un conseil, délégué de cette majorité. A la vérité, suivant qu'il y aura ou non personnalité morale, la situation juridique de ce conseil devra être envisagée différemment : simple mandataire des associés dans la société non personnalisée, il prendra dans la personne morale le caractère et les attributions d'un *organe*. Il n'en est pas moins vrai qu'extérieurement aucun signe visible ne nous révèlera nécessairement cette différence de situation. C'est donc ailleurs, dans le premier et principal caractère de la personne morale (intérêt collectif et permanent), qu'il faut chercher la base de la distinction.

Dans tout groupement, cet intérêt collectif n'est que la synthèse de *certains* intérêts communs aux membres du groupe. Celui-ci en effet n'a d'autre motif d'exister que de permettre à ses membres d'arriver à certains buts qu'ils ne pourraient atteindre isolément. « Il est bien vrai, comme nous l'avons déjà dit ailleurs en répondant à une critique de M. de Vareilles-Sommières (1), qu'en

(1) V. notre compte rendu de son livre sur les *Personnes morales*. *Revue du droit public*, t. XX, p. 348.



dernière analyse l'intérêt du groupe se ramène à l'intérêt des membres ; eux seuls sont les êtres sensibles et vivants, capables d'éprouver la jouissance et la souffrance, et qui l'éprouveront plus ou moins à la suite de l'enrichissement ou de l'appauvrissement de l'être moral ». Mais on ne peut conclure de là que le groupe n'ait pas d'intérêt distinct de l'intérêt individuel de ses membres, ou on ne peut tirer cette conclusion qu'en jouant sur les mots. Si le but que poursuit l'Etat, par exemple, est en dernière analyse le bien de ses membres, si ces derniers sont les seuls êtres vivants capables de ressentir les conséquences de la bonne ou mauvaise gestion des affaires communes, si, par conséquent, en ce qui concerne ce but final, il peut y avoir des avis différents parmi les membres, mais jamais opposition d'intérêts, il en va tout différemment lorsqu'il s'agit de l'acquisition et de la défense des *droits* destinés à atteindre ce but. Ici il y a divergence et il peut y avoir opposition d'intérêt entre l'Etat et ses membres, parce que ceux-ci, en dehors du but étatique en vue duquel est formé le groupement, poursuivent individuellement d'autres fins qui sont étrangères à l'Etat, et qu'ils ne peuvent les atteindre qu'au moyen de droits distincts de ceux de l'Etat ; l'intérêt collectif du groupe se réalise au moyen des droits (de propriété, de créance, de puissance publique) qui lui appartiennent ; l'intérêt individuel au moyen de droits semblables, qui peuvent être en opposition avec ceux de l'Etat. C'est pour cela qu'il est nécessaire, et conforme à une saine technique du droit, de considérer le groupe comme un sujet de droit distinct de ses membres.

72. Il semble à première vue que dans tout groupe-



ment poursuivant un but commun, ou doive admettre cette construction ; car dans tout groupement de ce genre, il peut y avoir certaine opposition entre l'intérêt collectif et l'intérêt individuel. Pourtant il n'en est rien. Considérons un groupement très simple : l'association de deux personnes en vue d'un gain à réaliser, aucune de ces deux personnes ne pouvant disparaître sans faire tomber l'association et celle-ci n'admettant pas l'adjonction de nouveaux membres. Il saute aux yeux que dans ce cas, l'opposition d'intérêt entre l'association et un de ses membres se ramène à une opposition d'intérêt entre les deux associés. Pourquoi ? Parce qu'ici tout droit acquis par l'association profitera directement aux deux associés, *et à eux seulement* ; on pourra pour la commodité du langage, opposer la société aux associés ; mais au fond, il n'y aura jamais opposition d'intérêt qu'entre l'un des associés et son coassocié. Et la situation reste la même, quel que soit le nombre des associés, à condition que nous laissions subsister deux des termes du problème : gain à réaliser, fixité du personnel de la société. Dans une société de dix personnes remplissant ces conditions, celui qui plaide contre la société plaide en réalité contre ses neuf coassociés.

Mais il en est autrement dès que nous changeons l'un de ces deux termes : dans une association même à personnel fixe, poursuivant *un but idéal*, on doit admettre, nous semble-t-il, l'idée de personnalité morale, parce que dans une association de ce genre les associés ont en quelque sorte *extériorisé* celle de leurs fins qu'ils poursuivent par le moyen de l'association. Ils ont eu la volonté de lui consacrer un patrimoine spécial qu'il ont entièrement séparé du leur et sur lequel ils ont renoncé

à jamais prétendre un avantage personnel (sauf peut-être un droit de succession à la dissolution). Il y a donc opposition *réelle* d'intérêts entre ce patrimoine et le leur. Toutefois cela n'est vrai que lorsqu'il s'agit d'un but entièrement désintéressé (par exemple un but religieux, charitable ou scientifique). Les associations qui, sans avoir en vue un gain proprement dit, ont pour objet l'intérêt économique, ou l'agrément de leurs membres, ne doivent pas être considérées comme des personnes morales si elles sont à personnel invariable ; car leur patrimoine, bien que concentré en vue du but à atteindre, n'en continue pas moins à servir l'intérêt personnel des membres.

73. On doit admettre aussi l'idée de personnalité morale dans toute association *à personnel variable*. quel que soit le but poursuivi. Ici en effet, même si le groupement a pour objet l'enrichissement des membres, il n'est point certain pour chacun de ceux-ci qu'il profitera ou qu'il souffrira personnellement de l'enrichissement ou de l'appauvrissement du groupe. Un acte accompli pendant que je fais partie de la société pourra produire ses effets à une époque où j'en serai sorti ; je n'en supporterai donc pas nécessairement les conséquences ; elles pèseront sur ceux, quels qu'ils soient, qui feront partie du groupe à ce moment ; ce qui revient à dire qu'ils se produisent vis-à-vis du groupe, et non pas vis-à-vis des associés individuellement. L'idée de personnalité morale est donc indispensable, alors que dans le cas de société de gain à personnel fixe la personne des associés suffisait à tout expliquer (1).

(1) Cette distinction paraît être à peu près celle de M. Vareilles-Sommières. Ce que cet auteur appelle « le régime personnifiant »,



Laband (1) considère le critérium précédent comme insuffisant, parce que, dit-il, si la différence est en général exacte, elle n'est pas constante. La société par actions reste en effet une personne juridique alors même que les actions sont déclarées inaliénables, et à l'inverse la société en nom collectif ne devient pas une personne juridique par cela seul qu'elle admet l'adjonction de nouveaux membres. Mais nous ne croyons pas l'objection irréfutable. Il faut voir en effet dans chaque société le type à laquelle elle appartient, et la classer dans ce type alors même qu'elle s'en écarterait par des clauses isolées, à moins que ces clauses n'arrivent à la dénaturer entièrement. La société anonyme en général est une personne morale parce qu'elle est normalement indifférente à la personnalité de ses membres ; si, par une clause, on déclare les actions inaliénables, on n'en change cependant pas absolument la nature, parce qu'on lui conserve toute sa structure

est nécessaire, d'après lui, au fonctionnement de certaines associations seulement : « Toutes les associations très nombreuses ou susceptibles de le devenir, toutes celles qui pratiquent largement l'adjonction de nouveaux membres, les associations ouvertes où l'on entre et d'où l'on sort facilement ; l'Etat, la province, la commune, les associations professionnelles, etc., doivent rationnellement, à à peine de ne pouvoir fonctionner, adopter pour leurs biens un régime spécial... le régime personnifiant » (*op. cit.*, n° 333). Mais il faut remarquer que dans la pensée de l'auteur, ce régime personnifiant est en réalité celui que nous appelons régime de la main commune, la personnalité morale proprement dite n'existant pas pour lui. Au contraire, pour nous, les associations dont il s'agit sont précisément celles pour lesquelles le régime de la main commune est insuffisant, et la personnalité morale proprement dite, seule conforme à la réalité des rapports de droit.

(1) *Beiträge zür Dogmatik des Handelsgesellschaften*, dans *Zeitschrift für das Handelsrecht*, t. XXX, p. 476 et s.

intime. Inaliénabilité d'ailleurs ne signifie pas ici intransmissibilité ; l'actionnaire mort sera de plein droit remplacé par ses héritiers ; s'il en était autrement on ne serait plus en présence d'une véritable société anonyme ; et cela suffit pour qu'on ne puisse considérer la société comme un lien n'existant qu'entre personnes déterminées. A l'inverse, une société en nom collectif peut bien exceptionnellement admettre l'adjonction de nouveaux membres ; mais ce sera là un fait exceptionnel, accompli pour des motifs spéciaux au membre nouvellement admis ; il n'en résulte pas qu'elle devienne par là une collectivité susceptible de changements indéfinis dans le personnel.

74. Le même auteur, à la place de ce critérium, en propose un autre qui compte un assez grand nombre de partisans, mais que nous ne croyons pas toujours juste (1). Il part de l'idée très exacte qu'une personne morale a un patrimoine lui appartenant alors qu'une société sans personnalité n'en a pas. C'est là, dit-il, le seul point décisif ; mais il ne suffit pas à fournir un critérium, parce que les associés peuvent par convention, tout en restant copropriétaires du patrimoine social, affecter ce patrimoine au but social de telle sorte qu'il leur paraisse désormais étranger. Mais ils ne peuvent faire cela que pour la partie *active* de ce patrimoine, et non pour la partie *passive*. S'il y a société et non personne juridique, les dettes sociales sont nécessairement des dettes *des associés*, et ils ne peuvent pas échapper personnellement aux poursuites des créanciers. D'où cette conséquence que *tout groupement dont les membres*

(1) *Op. cit.*, p. 496 et s.

ne sont pas tenus personnellement des dettes communes est une personne juridique. A l'inverse, *tout groupement dont les membres sont tenus des dettes communes est une simple société ;* car le Droit ne multiplie pas arbitrairement les sujets ; là où la personnalité individuelle suffit à tout expliquer, on ne doit pas faire intervenir la personnalité morale.

Ce critérium n'est, à nos yeux exact qu'en partie : tout groupement dont les membres ne sont pas tenus personnellement des dettes communes est une personne juridique ; cela est vrai si cet affranchissement des associés s'applique même aux dettes provenant des délits ou quasi-délits, car ce sont des dettes dont on ne peut s'affranchir par convention antérieure au fait délictueux ou à la faute (1) ; mais cela est moins sûr lorsque les associés ne sont affranchis à l'avance que des dettes contractuelles ; car par une convention de société dûment publiée ils ont pu à l'avance limiter l'effet de ces contrats aux biens sociaux. D'autre part, la seconde partie du critérium est inacceptable : il peut y avoir obligation des associés aux dettes même quand la société est une personne juridique ; sans doute dans ce cas la société sera elle-même obligée ; mais on conçoit fort bien qu'à côté d'elle les associés le soient aussi, en vertu d'une obligation de garantie qu'ils contractent par le fait même de leur entrée dans l'association. Les sociétés coopératives à personnel variable admettent souvent que leurs mem-

(1) Il serait aisé de montrer que toutes les sociétés dans lesquelles existe cet entier affranchissement sont des personnes morales en vertu du critérium même que nous indiquions plus haut. La clause d'affranchissement absolu des dettes sociales n'est compréhensible que dans des sociétés à personnel variable.

bres sont obligés personnellement aux dettes, et cela ne détruit en rien à nos yeux leur personnalité (1).

En somme, nous admettons la personnalité morale de toute association *à but idéal* ; et parmi les associations *à but égoïste* (sociétés de gain et associations qui, sans avoir un but de gain, ne visent que l'intérêt de leurs membres), nous admettons la personnalité de toutes celles qui ont un personnel variable ; nous considérons donc comme personnes morales la société anonyme et la société en commandite par actions ; au contraire nous croyons que la société en nom collectif et la société en

(1) Dans les *Erwerbs* und *Wirthschaftsgenossenschaften* du droit allemand (association Schulze-Delitsch et Raiffeisen) successivement réglées par la loi du 4 juillet 1868 et 1er mai 1889, le législateur admet aujourd'hui la possibilité de trois systèmes différents concernant l'obligation aux dettes des associés : responsabilité directe illimitée ; responsabilité indirecte illimitée (obligation, vis-à-vis de la société, de versements supplémentaires pour le paiement des dettes) ; responsabilité limitée. La grande majorité des auteurs allemands admet la personnalité de ces associations (V. Stobbe *Deutsches Privatrecht*, t. I, § 60. — Gierke, *Deutsches Privatrecht*, § 76, note 10). Il doit en être de même des associations de crédit mutuel qui, à leur imitation, se sont fondées chez nous : caisses Raiffeisen, créées sur l'initiative de M. Louis Durand (V. thèse de doctorat, Georges, *Essai sur la condition juridique des caisses Raiffeisen*, Grenoble 1898, p. 87 et s.) ; autres sociétés de crédit agricole créées en vertu de la loi du 5 novembre 1894. D'après cette dernière loi, art. 2, § 3, les statuts règlent l'étendue et les conditions de la responsabilité qui incombera à chacun des sociétaires dans les engagements pris par la société. La personnalité morale doit, suivant nous, être reconnue aux sociétés formées en exécution de cette loi, quelle que soit la solution adoptée par les statuts concernant la question de responsabilité des sociétaires (La personnalité est admise notamment par MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. II, n° 1049 5°). Ce qui est vrai en Allemagne et en France est vrai aussi des sociétés de ce genre créées dans beaucoup d'autres pays, notamment des caisses Wollemborg en Italie.

commandite simple sont de simples sociétés sans personnalité juridique, mais placées sous un régime que l'on peut appeler régime de la main commune avec administration unifiée.

CHAPITRE II

LA CLASSIFICATION DES PERSONNES MORALES

Sommaire : **75**. Indication des deux principales classifications (Corporations et fondations. Personnes morales de droit public et personnes morales de droit privé).

I. — **76**. Notion générale de la fondation. — I. **77**. Distinction de la corporation et de la fondation en droit privé ; son importance plus ou moins grande suivant la conception théorique qu'on se fait de l'une et de l'autre ; notion de la fondation personnalisée. — **78**. Intérêt de la distinction au point de vue législatif. — **79**. Son intérêt au point de vue du droit positif. — **80**. Critérium de la distinction. — II. **81**. En droit public la distinction s'efface presque, et ne peut servir de base à une classification.

II. — **82**. Origine et importance de la distinction entre personnes morales de droit public et personnes morales de droit privé. — **83**. La limite entre les deux groupes se trouve entre les établissements publics et les établissements d'utilité publique. — **84**. Intérêts pratiques nombreux de la distinction en droit positif français. — **85**. Intérêts de la distinction au point de vue législatif. — **86**. Divers critériums proposés pour distinguer entre les deux groupes. Il faut chercher le critérium dans la situation d'ensemble de la personne morale, et non dans un ou deux caractères précis. — **87**. Discussion du critérium proposé par M. Hauriou. — **88**. Application du critérium. Congrégations religieuses. — **89**. Associations syndicales. — **90**. Caisses de secours des ouvriers mineurs. — **91**. Comités d'habitation à bon marché. — **92**. Monts-de-piété. — **93**. Caisses des écoles. — **94**. Caisses d'épargne. — **95**. Ordres d'avocats et corporations d'officiers ministériels. On doit les considérer comme personnes morales de droit public, mais sans les soumettre à toutes les règles des établissements publics *stricto sensu*.

III. — **96**. Subdivisions des personnes morales de droit public. Distinction de l'Etat et des autres communautés territoriales. — **97**. Il ne faut pas chercher le critérium dans l'idée de souveraineté. Indi-

cation du critérium véritable. — **98.** Distinction des communautés territoriales et des établissements publics.

IV. — **99.** Subdivisions des personnes morales de droit privé. — I. Distinction des associations à but intéressé et des associations à but désintéressé. Son importance au point de vue législatif. — **100.** Distinction dans notre droit positif, des sociétés et des associations. Comment elle est comprise par la plupart des auteurs : il faut pour qu'il y ait société, des bénéfices pécuniaires à réaliser. — **101.** Critique du système. Il faut ranger parmi les sociétés tous les groupements ayant pour objet l'intérêt patrimonial de leurs membres. — **102.** Situation intermédiaire des associations à but égoïste sans intérêt patrimonial. — II. **103.** Les associations à but religieux. — **104.** Distinction des associations et des congrégations. Silence du législateur. — **105.** Divers systèmes soutenus. — **106.** Les trois caractères essentiels de la congrégation sont : les vœux, la règle canonique, la vie en commun.

75. Une bonne classification des personnes morales est essentielle, non seulement pour fixer l'ordre à suivre dans leur étude, mais aussi et surtout pour fournir la base des différences à établir entre elles. Elle ne peut se faire qu'en remontant à la nature de chacune des personnes morales qu'il s'agit de classer, pour rechercher si la conception même que nous nous en faisons doit entraîner entre elles des différences fondamentales. C'est donc une tâche des plus délicates, bien facilitée cependant aujourd'hui par les nombreux travaux déjà publiés sur la matière (1).

Des deux distinctions principales admises par les

(1) Tous les ouvrages spéciaux sur les personnes morales contiennent au moins des aperçus, et parfois de longs développements, sur la classification. Nous indiquerons les références les plus importantes à propos de chacune des deux distinctions successivement étudiées au texte. Comme étude particulière sur la classification, on doit signaler surtout : Ruffini. La classificazionne delle persone giuridiche (dans les *Studii giuridici dedicati a Francesco Schupfer*, Torino, 1898, p. 315 à 393).



auteurs, l'une se rapporte à la construction, à la structure intime de la personne morale : c'est la distinction en *corporations* et *fondations*. L'autre se rapporte au mode d'activité qu'elle est appelée à déployer : c'est la distinction en *personnes morales publiques* et *personnes morales privées*. Dans une bonne classification, ces deux distinctions doivent trouver place. Étudions-les successivement.

I

76. Le mot *fondation*, dans son sens général, désigne l'affectation perpétuelle d'un fonds à un but déterminé (1). Entendue en ce sens, la fondation n'entraîne pas nécessairement la création d'une personne morale distincte. Elle peut s'accomplir sous la forme d'un don ou legs adressé à personne préexistante, à charge par elle d'employer à perpétuité au but voulu les valeurs données ou léguées. Quand l'intermédiaire choisi est une personne physique, ce procédé soulève des difficultés graves (2) ; mais quand c'est une personne morale, telle que l'État, la commune, une corporation reconnue, ces difficultés sont en grande partie supprimées, et le procédé devient recommandable. M. de Lapradelle estime même qu'il suffit à tous les besoins de la pratique, que la création de fondations douées de personnalité distincte est en somme peu désirable, et qu'en outre elle se concilie mal avec la notion générale de personnalité morale (3). Pourtant la fondation personne morale est

(1) De Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations*, p. 1.
(2) Id., *op. cit.*, p. 112 et suiv.
(3) Id., *op. cit.*, p. 251 et suiv., p. 308 et suiv., p. 410-411.

née en quelque sorte spontanément un peu partout, sans être aucunement encouragée par la théorie ; le fait qu'elle a pu se développer, en France même, malgré les mille obstacles que dressaient devant elle la législation et la doctrine des juristes, montre qu'elle répond en pratique à un besoin réel. Le secret en est-il uniquement dans cet instinct, inné à l'âme humaine, qui porte l'homme à se survivre ? Le procédé de la personnification ne trouve-t-il faveur que parce qu'il donne à cet instinct satisfaction plus entière que le procédé du legs *sub modo ?* Même s'il en était ainsi, il serait bon que le législateur tînt compte de ce sentiment, qui peut contribuer puissamment au bien public. Mais en réalité il y a autre chose encore : la fondation personne morale apparaît comme plus solide, plus sûrement affectée au but voulu par le fondateur, que la fondation par legs *sub modo*. Elle aura en effet toujours ses représentants légaux exclusifs, au lieu que le bien donné ou légué *sub modo* se trouve lié au patrimoine de la personne morale légataire, qu'il n'a pas d'autre représentant que ceux de cette personne, et qu'il est exposé par là à être un jour détourné plus ou moins ouvertement de sa destination pour être employé à d'autres buts poursuivis par elle. Si ce danger est minime dans les premières années de la fondation, à raison de l'action en révocation qui appartient au fondateur ou à ses héritiers en cas d'inexécution des conditions, il peut devenir sérieux quand la fondation est ancienne et qu'aucun héritier ne se soucie plus d'en faire respecter l'esprit.

Aussi la plupart des législations admettent-elles en fait la possibilité de constituer des fondations douées de personnalité morale. Ainsi comprise, la notion de fon-

dation reste d'ailleurs une pure notion de droit privé.

77. I. — C'est en constatant l'existence des fondations de cette sorte que Savigny a été conduit à distinguer parmi les personnes morales deux catégories : les *corporations*, dans lesquelles la personne juridique est constituée par la réunion d'un certain nombre d'individus ; et les *fondations*, dans lesquelles « la personne juridique n'a pas cette apparence visible, son existence est plus idéale et repose sur une fin générale qui lui est assignée » (1). Cette distinction avait été introduite avant lui dans la science par Heise (2), mais c'est l'autorité de Savigny qui lui a donné droit de cité définitif. Ainsi entendue, elle ne se rapporte qu'au droit privé, la notion de personnalité morale étant, dans le système de Savigny, une notion de pur droit privé, et elle comprend toutes les personnes morales de droit privé. Les deux catégories ainsi admises ont d'ailleurs un fondement juridique unique, la fiction ; mais le sens de la fiction n'est pas le même dans les deux cas. Dans la corporation, la fiction consiste à faire reposer le droit non sur les membres individuellement ni même sur tous les membres réunis, mais sur un ensemble idéal. Dans la fondation, elle le fait reposer sur « une abstraction personnifiée, une œuvre d'humanité qui doit s'accomplir dans un certain lieu, d'après un certain mode et par des moyens déterminés » (3). Savigny remarque d'ailleurs

(1) Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guénoux, t. II, p. 240.

(2) Heise, *Grundriss eines Systems des gem. Civilrechts*, 1807, § 98 et 106. V. sur cet historique de la notion, Ruffini, *op. cit.*, p. 330 et suiv., et Gierke, *Deutsches Privatrecht*, § 78, II.

(3) Savigny, *op. et loc. cit.*, p. 242, note 1.

qu'entre les deux classes il n'y a pas de ligne de démarcation très nette et que souvent la même institution (par exemple les universités) a, suivant les temps, appartenu à l'une ou à l'autre.

Cette distinction, devenue classique en Allemagne, n'a été exposée par les auteurs français qu'à une époque toute récente, et plusieurs d'entre eux contestent soit sa base même, soit au moins son utilité (1).

Elle a en effet une importance plus ou moins grande suivant la base que l'on assigne à la personnalité morale soit des corporations, soit des fondations. Sans entrer ici dans le détail des théories (2) et de l'influence qu'elles ont exercée sur la distinction, nous devons marquer en quoi consiste pour nous la différence. A nos yeux, la fondation, comme la corporation, a pour substratum réel un groupement humain : pour elle, ce groupement est celui des destinataires, c'est-à-dire de ceux aux besoins desquels la fondation est destinée à pourvoir (3). C'est en eux que réside le premier et le principal caractère du

(1) Elle est exposée dans Vauthier, *Etudes sur les personnes morales*, p. 277 et suiv., 381 et suiv ; Baudry-Lacantinerie et Huc-Fourcade, *Des personnes*, I, nos 295 et 306. Ces auteurs lui attribuent des conséquences juridiques. V. aussi Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 2e éd., p. 151.

(2) V. pour ce détail Ruffini, *op. cit.*, p. 335 et suiv. V. aussi ci-dessus, les explications données dans le ch. I, et ci-dessous le ch. IV, § 4.

(3) Il ne faut pas exprimer cette théorie en disant que les destinataires sont les *propriétaires* du patrimoine de la fondation, pas plus d'ailleurs que l'on ne doit considérer les associés comme les propriétaires du patrimoine de l'association. C'est seulement l'ensemble des destinataires, envisagé comme unité juridique indépendante de la personne individuelle de chacun d'eux, que l'on doit considérer comme tel. C'est par là que notre conception de la fon-

droit subjectif, qui est l'intérêt protégé par le droit. Quand au second élément, c'est-à-dire la volonté nécessaire à l'exercice du droit, il ne réside plus ici dans le groupe des intéressés, mais dans l'organisme créé à l'effet d'administrer la fondation; et cette volonté n'est pas absolument libre, elle est dirigée dans un sens déterminé par la volonté du fondateur. La différence entre la corporation et la fondation est donc la suivante : dans la corporation, l'élément intérêt et l'élément volonté se trouvent réunis ; c'est le groupe même des intéressés qui forme l'organisation destinée à dégager la volonté collective du groupe ; dans la fondation, au contraire, les deux éléments sont séparés ; ils sont reliés l'un à l'autre par une volonté extérieure au groupe lui-même, celle du fondateur. On peut donc dire, avec Gierke, que la volonté est ici transcendante et non immanente ; elle est donnée du dehors et non du dedans (1).

dation se distingue de celle de M. de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, n° 114 et s.

A cette conception on a objecté que certaines fondations ont un objet si large qu'elles s'adressent en réalité à tout le monde; p. ex. un musée peut être visité par tous (v. Stobbe, *Handb. des deutsch. Privatrechtes*, 3e éd., t. I, § 62, n° 10 a). Il est certain que le groupe est souvent très indéterminé ; il comprend tous ceux qui en fait ont le désir et la possibilité de tirer parti de la fondation. Cela ne nous paraît pas démontrer que ce groupe soit insusceptible d'être considéré comme propriétaire.

(1) V. Gierke, *Rechtslexikon* d'Holtzendorff, v° Juristische Person ; *Genossenschaftstheorie*. p. 12 et 13 ; *Genossenschaftsrecht*, t. II, p. 962 et s. Cf. Regelsberger, *Pandekten*, § 75, p. 293. Ces auteurs, conformément à leur théorie générale, voient la personnalité de la fondation uniquement dans la volonté organisée, ce qui relègue tout à fait à l'arrière-plan le groupe des intéressés. C'est à notre sens une vue incomplète ; mais l'analyse qu'ils donnent de la volonté dans la fondation est très exacte. Il faut remarquer d'ail-

Dans cette conception, le groupe des intéressés, substratum de la fondation, en formé sans doute l'élément principal, mais non l'élément unique (1). L'organisme, tel qu'il a été voulu par le fondateur, constitue lui aussi un élément essentiel ; car il est destiné à représenter le groupe des intéressés non d'une manière quelconque, mais conformément aux vues du fondateur. On ne doit pas dire, par exemple, que les pauvres forment une seule et unique personne morale, et que leur représentation par tel organisme plutôt que par tel autre est chose indifférente (2) ; car en réalité le fondateur, dans une fondation charitable, n'a pas voulu seulement gratifier les pauvres ; il a voulu les gratifier dans un certain esprit, manifesté précisément par l'organisation qu'il a créée ; et sa volonté est aussi respectable sur ce point que sur la désignation du groupe destinataire. Nous aurons à tirer les conséquences de cette notion en étudiant la suppression des personnes morales.

Cette théorie s'écarte radicalement de toutes celles qui refusent de voir dans la fondation un groupement humain ou qui n'attachent à ce groupement aucune importance : théorie de la fiction, soit que cette fiction ait pour objet

leurs que le fondateur peut confier le gouvernement de la fondation *aux intéressés eux-mêmes* ; dans ce cas, le groupement par son organisation se rapprochera d'une corporation. Mais au fond il n'en restera pas moins une fondation ; car c'est une volonté étrangère, et non celle des intéressés, qui aura réglé cette organisation et lui aura assigné son but.

(1) Comme paraît le croire par exemple Ihering, dans le passage cité plus haut, nº 27.

(2) La personnalité morale des pauvres admise dans notre droit signifie seulement qu'il existe toujours une personne morale toute prête à recevoir les libéralités adressées aux pauvres sans autre désignation, ou à telle ou telle catégorie de pauvres.



de personnaliser le but (1), soit qu'elle préfère personnaliser le patrimoine lui-même (2); théorie du patrimoine sans sujet ou *Zweckvermoegen* (3); théorie qui personnifie la volonté cristallisée du fondateur (4); théories anciennes qui attribuaient la propriété à un être surnaturel (Dieu ou un saint) (5).

Elle s'éloigne également des théories qui, tout en admettant l'idée d'un groupement, le comprennent autrement que nous : théories qui ne voient d'autre groupement que celui des volontés réunies pour administrer la fondation (6); théories qui cherchent le groupe personnalisé dans les groupements généraux de l'État ou de la commune (7); théories qui le cherchent non

(1) Savigny, *op.* et *loc. cit.* Puchta, *Pandekten*, § 27.

(2) Unger, *Münch. Krit. Uberschau*, VI, p. 159 (cité par Regelsberger, p. 293, n° 10).

(3) Brinz, *Pandekten*, t. I, § 60 et suiv., t. III, § 432 et suiv.

(4) Zitelmann, *Begriff und Wesen der jur. Personen.* Leipzig, 1873, p. 72 et suiv.

(5) V. Stobbe, § 52, n° 10 a, Meurer, *Begriff und Eigenth. der heiliger Sachen*, I, p. 89.

(6) Regelsberger, *Pand.*, p. 293, partant de la théorie qui voit dans la volonté le fondement du droit subjectif, est amené à trouver le sujet de la fondation dans l'*organisme* qui est appelé à vouloir pour elle. Id. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, p. 12.

(7) Théories fort répandues. V. notamment Giorgi, t. I, nos 35 et suiv. Epinay, thèse, p. 154 et suiv. M. Berthélemy, *Droit administratif*, p. 519, admet aussi cette thèse, mais ne l'applique qu'aux établissements publics, c'est-à-dire aux fondations de droit public. V. aussi les auteurs belges cités par de Lapradelle. *op. cit.*, p. 442. Cette théorie est une de celles qui ont été invoquées pour justifier les confiscations révolutionnaires (v. *infrà* le chapitre IV). On la retrouve à toutes les époques. Nous la trouvons notamment appliquée aux fabriques par Portalis : « Les fabriques sont des établissements publics à qui l'on n'a donné que pour un objet d'utilité publique : elles ne sont point à proprement parler, propriétaires

dans l'ensemble des destinataires, mais dans l'ensemble des personnes qui fournissent des ressources à la fondation (1).

78. Notre conception, tout en ramenant les deux catégories à un groupement humain, montre cependant qu'il y a entre les deux une différence essentielle. Dans la corporation, les deux éléments du droit subjectif sont entre les mains du même groupe, celui des membres ; dans la fondation, ils sont séparés, et le lien qui les unit est l'œuvre d'une volonté unique, celle du fondateur. Cette volonté a été manifestée au début, lors de la création de la personne morale, une fois pour toutes, et tant que la fondation subsiste, elle produit des effets juridiques, elle lie les administrateurs successifs de la fondation ; elle détermine, pour un temps beaucoup plus long que la vie du fondateur, et pratiquement pour un temps indéfini, la destination que ses biens doivent recevoir. Elle engage donc les générations futures. De là résulte, suivant nous, que le législateur ne doit pas traiter les

des biens qui leur ont été restitués ; elles n'en ont donc que l'administration, l'emploi, sous la surveillance du magistrat ; elles gèrent pour l'Etat et à sa charge, puisque les revenus qu'elles administrent servent à acquitter une dette de l'Etat, car on ne niera pas que la religion et les temples sans lesquels elle ne pourrait être exercée, sont des institutions intimement liées à la conservation des bonnes mœurs et au maintien de l'ordre public. » (Rapport du 10 février 1807, dans les discours, rapports sur le Concordat de 1801 publiés en 1845, p. 429). La fin de ce passage montre que cette conception se rattache à l'idée que le monopole du bien public appartient à l'Etat, idée avec laquelle il est tout naturel d'admettre en effet que l'Etat est l'universel propriétaire des biens de fondation. Sur cette idée, v. ci-dessous le ch. IV.

(1) Otto Mayer, *Deutsches Werwaltungsrecht*, t. II, p. 377 et suiv. Cf. les développements que nous donnerons plus loin sur la création des établissements publics.



fondations de la même manière que les associations. Pour les unes comme pour les autres, il devra, le plus souvent, reconnaître la personnalité lorsqu'il les considérera comme licites. Mais il pourra fort bien ne pas admettre aussi facilement le caractère licite de la fondation que celui de l'association. Celle-ci est une force qui ne subsiste qu'à la condition de rester *vivante;* elle disparaîtra d'elle-même, ou elle se transformera, dès que, sous sa forme première, elle ne correspondra plus à un besoin réel ; rien dans son organisation ne l'empêchera d'ailleurs d'évoluer avec la société qui l'entoure. Au contraire, la fondation, créée par une volonté unique, subsiste quand cette volonté est *morte*, et prétend lui assurer l'éternité. Il est clair cependant que si l'état social change autour d'elle, si les idées se modifient, si les besoins auxquels elle doit faire face disparaissent, elle peut devenir inutile ou même nuisible. C'est contre les fondations seulement, et non contre les associations personnalisées, que portent la plupart des objections souvent répétées contre la mainmorte et la multiplication des œuvres privées à but idéal, notamment celles que Turgot a invoquées dans son célèbre article de l'encyclopédie sur les Fondations (1). L'État ne doit point les proscrire

(1) Voici un rapide résumé des arguments de Turgot contre les fondations : 1° Elles sont souvent inutiles, dictées par la seule vanité des fondateurs. Parfois même elles vont contre le but que ceux-ci se proposent ; ainsi les fondations en faveur des pauvres ont pour résultat d'en multiplier le nombre : « Je ne craindrai point de dire que si on comparait les avantages et les inconvénients de toutes les fondations qui existent aujourd'hui en Europe, il n'y en aurait peut-être pas une qui soutînt l'examen d'une politique éclairée. » 2° Alors même qu'elles sont utiles au moment de leur création cette utilité s'affaiblit souvent dans l'exécution ; — d'abord

parce qu'elles permettent de faire face, par l'initiative individuelle, à des besoins sociaux auxquels il est impuissant à pourvoir lui-même ; mais on comprend qu'il les soumette à son autorisation, parce que la survivance de volonté qu'elles impliquent a quelque chose d'anormal, et parce qu'elles peuvent devenir dangereuses. Une fois créées, il doit les conserver sous sa surveillance, plus étroitement que les corporations, et se réserver le droit de les faire disparaître ou de les transformer lorsqu'elles ne répondent plus à aucun besoin ou sont hostiles au milieu social qui s'est constitué autour d'elles (1).

parce que la paresse et la négligence s'y glissent toujours à la longue : « les fondateurs s'abusent bien grossièrement s'ils s'imaginent que leur zèle se communique de siècle en siècle aux personnes chargées d'en perpétuer les effets », — ensuite parce que les fondations sont atteintes par la baisse de la valeur de l'argent : « Il n'y aurait pas grand inconvénient si ces fondations étaient entièrement anéanties ; mais le corps de la fondation n'en subsiste pas moins : p. ex. si les revenus d'un hôpital souffrent cette diminution, on supprimera les lits des malades et l'on se contentera de pourvoir à l'entretien des chapelains. » 3° Parfois l'utilité disparaît entièrement sans qu'on se détermine à supprimer la fondation ; ex. : maladreries encore subsistantes au XVIIIe s. ; 4° Luxe et faste inutile des grandes fondations ; 5° Pour certains besoins elles sont inutiles, chaque homme devant y pourvoir par soi-même (nourriture, éducation) ; pour d'autres elles sont avantageusement remplacées par des associations de particuliers, qui se forment en vue d'un besoin déterminé, et disparaissent quand ce besoin ne se fait plus sentir.

Turgot conclut qu'il faut approuver les restrictions mises à la liberté des fondations par l'Edit de 1749. Il ajoute qu'il n'y a aucun doute « sur le droit incontestable qu'ont le Gouvernement dans l'ordre civil, le Gouvernement et l'Eglise dans l'ordre de la religion, de disposer des fondations anciennes, d'en diriger les fonds à de nouveaux objets, ou mieux encore de les supprimer tout à fait ».

(1) Cf. pour ces idées l'exposé de M. de Lapradelle, *op. cit.*,

79. La distinction présente donc, au point de vue législatif, des intérêts pratiques indéniables. Elle en présente aussi dans les diverses législations positives. En France, avant la loi du 1er juillet 1901, les deux catégories étaient cependant en principe assimilées au point de vue de leur création, de leur capacité juridique et de leur suppression ; car les unes comme les autres n'arrivaient à la personnalité morale que par une reconnaissance d'utilité publique ; une fois constituées, elles étaient toutes soumises aux mêmes règles générales de capacité (art. 910 et 937, C. civ., et théorie de la spécialité) ; enfin les unes et les autres pouvaient être supprimées par un décret leur retirant la reconnaissance.

p. 367 et suiv. L'auteur passe en revue les diverses législations pour démontrer que le principe de la liberté des fondations n'est point dans les tendances actuelles ; il conclut que le droit de supprimer les fondations ne suffit point à l'Etat et qu'il importe de lui réserver le droit d'autoriser.

Gierke, qui est cependant un ardent partisan de la liberté corporative, a lui aussi combattu le principe de la liberté des fondations, qui se trouvait dans le premier projet de Code civil allemand (v. son article dans le *Jahrbuch de Schmoller*, 1888, p. 171 et s.). Dans ses divers ouvrages, il expose des idées analogues à celles que nous défendons au texte. V. notamment : *Genossenschaftsrecht*, t. II, p. 967-968 : « La volonté originaire du fondateur se fixe ainsi pour tous les temps dans le corps de la fondation ; elle lie pour un avenir indéterminé un nombre indéfini de volontés étrangères, dont elle fait de simples organes d'exécution... Visiblement il y a dans une institution qui donne à une simple volonté privée une valeur immortelle, une extension artificielle et en un certain sens anormale du pouvoir individuel de vouloir, extension qui l'entraîne au delà de ses limites naturelles. » — Cpr. aussi Kohler. *Recht des Stiftungen* (dans *Archiv. für burgerl. Recht*, 1889, t. III, p. 228 et s., notamment p. 234). Il donne pour réserver à l'Etat le droit d'autoriser les fondations, des arguments analogues à ceux de l'Encyclopédie.

Même sous ce régime cependant, la plupart des auteurs indiquaient entre les deux catégories une différence essentielle, concernant le sort des biens en cas de suppression ; les biens de la corporation, suivant eux, devaient en principe se partager entre ses membres ; les biens de la fondation devenaient des biens vacants et sans maître, qui étaient dévolus à l'État. Cette différence était d'ailleurs contestée.

Depuis la loi du 1er juillet 1901, il y a, entre les deux catégories, une différence de principe. L'association *déclarée,* reconnue par cette loi, est une véritable corporation qui n'a, il est vrai, qu'une capacité limitée, mais qui, dans la limite où cette capacité est admise par la loi, acquiert la personnalité sans autorisation, et ne peut la perdre que dans certains cas spécifiés à l'avance. Dès avant cette loi le même principe avait été admis pour certaines catégories d'associations (syndicats professionnels, sociétés de secours mutuels, associations syndicales). Au contraire les fondations restent toujours soumises, lorsqu'on veut les constituer à l'état de personnes morales, au régime de l'autorisation préalable. Notre législation établit donc aujourd'hui, entre les deux classes, la différence que nous indiquions plus haut comme recommandable. Il en est de même du Code civil allemand, qui subordonne à l'autorisation de l'État la naissance des fondations (§ 80) et non celle des corporations à but idéal (§ 21) (1). Le projet de Code civil suisse

(1) Le système admis pour les fondations n'a pas passé sans discussion. Le premier projet n'introduisait pas le système de l'autorisation dans la législation d'Empire, et la réservait seulement lorsqu'elle était exigée par les lois d'Etat. Le système du paragraphe 80 fut introduit seulement par la seconde commission. Dans

(art. 90 et s.) admet au contraire pour les fondations le principe de la réglementation légale (inscription de l'acte de fondation au registre du commerce) et les soumet seulement à une certaine surveillance (1).

Quant à la différence concernant le sort du patrimoine en cas de dissolution, elle n'a jamais eu, suivant nous, la précision que lui accordent certains auteurs, et elle l'a moins encore depuis la loi de 1901. Le caractère de fondation ou d'association influera bien dans une certaine mesure sur le sort des biens ; mais il est loin de former dans tous les cas le criterium décisif. La question étant trop complexe pour être traitée ici, nous ne pouvons que renvoyer à la partie de notre travail qui concerne la dissolution des personnes morales.

80. Quoi qu'il en soit, la distinction présente aujourd'hui des intérêts pratiques dans la plupart des législations. En fait, les deux catégories sont en général, quand on ne sort pas du droit privé, faciles à distinguer l'une

la commission du Reichstag, on proposa d'admettre la capacité juridique de toute fondation réalisée par acte fondatif régulier et inscrite sur le registre des corporations. C'était appliquer aux fondations comme aux corporations le système des *Normativbestimmungen*. La proposition fut repoussée. En deuxième lecture on repoussa également une proposition admettant le système de l'autorisation, mais déclarant que l'autorisation ne pourrait être refusée quand la fondation aurait un but d'intérêt général ou de bienfaisance, si d'ailleurs sa constitution était conforme aux dispositions légales, et si le fonds affecté était suffisant (V. sur ces points Meurer, *Die jurist. Personen nach deutschem Reichsrecht*, Stuttgart, 1901, p. 265 et suiv. — Saleilles, *Les personnes jurid. dans le Code civil allemand*, p. 96).

(1) La législation hollandaise, en sens inverse de la nôtre, soumet à autorisation la personnification des associations et non celle des fondations, v. Biebuyck. *Le régime légal de la personnification civile en Hollande* (1905), p. 24 et s. — V. d'ailleurs sur la législation comparée en cette matière le ch. IV, *infrà*.

de l'autre. Pourtant il n'y a pas entre elles d'opposition absolue. Entre la corporation pure, se gouvernant uniquement par la volonté de ses membres, et la fondation pure, entièrement dirigée, quant à son but, par la volonté du fondateur, il y a une foule de degrés intermédiaires possibles. La corporation se rapproche de la fondation dès qu'elle n'est pas purement volontaire; elle s'en rapproche aussi lorsqu'elle vise un but entièrement désintéressé. Dans le premier cas, en effet, la corporation est au moins partiellement gouvernée par une volonté supérieure; dans le second, les membres de la corporation entendent presque toujours obliger leurs successeurs à ne pas s'écarter du but qu'ils se sont assigné, et par là ils font de l'association quelque chose qui se rapproche plus ou moins d'une fondation collective. A l'inverse une fondation, même provenant d'un simple particulier, peut avoir quelques traits présentant le caractère corporatif; elle peut, par exemple, être constituée de telle sorte que les intéressés en aient eux-mêmes plus ou moins complètement l'administration. Il pourra donc y avoir hésitation sur la classification à adopter à l'égard de certains groupements. En droit privé, ce sera, nous le répétons, assez rare (1). Quand cela se présen-

(1) On a discuté la question de savoir si la *société par actions* était une corporation ou une fondation. On a signalé, comme devant la faire rentrer dans cette dernière catégorie, son caractère d'association *réelle*, qui ne peut exister sans un patrimoine et dans laquelle la qualité de membre est nécessairement liée à la possession d'une ou plusieurs actions. Le critérium que nous avons indiqué comme distinguant les deux catégories ne permet pas, si on la considère comme une personne morale, de la ranger ailleurs que parmi les corporations. V. une discussion détaillée de la question dans Lehmann, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, t. I, § 18.

tera, il faudra chercher à déterminer le caractère *principal* du groupe, et le traiter d'après ce caractère (1). Suivant nous on devra traiter comme corporation tout groupe dont le but est déterminé par la volonté des membres mêmes du groupe et comme fondation tout

(1) V. sur tous ces points Gierke, *Genossenschaftsrecht*, t. II, p. 970 et suiv. — Gierke fait remarquer, p. 974, que le caractère un peu incertain de ce criterium est un inconvénient inséparable de toute construction juridique. Il y a nécessairement des groupements qui sont proches de la ligne séparative. Mais quand une fois on aura reconnu leur caractère principal, il faudra les traiter d'après ce caractère ; il y aura des fondations à organisation corporative (Anstalten mit Korporativen Verfassung), qu'on traitera comme des fondations ; et des corporations à couronnement fondatif (Koerperschaften mit anstaltlicher Spitze), qu'on traitera comme des corporations. — Cette observation nous paraît devoir en effet s'imposer à l'interprète. Mais il est évident que le législateur, dans les règles qu'il édicte, doit se modeler d'aussi près que possible sur la vie, et par conséquent tenir compte des éléments fondatifs qui se trouvent dans la corporation ou réciproquement. Nous verrons notamment des applications de cette idée dans la théorie de la dévolution des biens de la personne morale.

Stintzing, étudiant la question au point de vue du Code civil allemand, l'a serrée de plus près (*Archiv. für die civilist. Praxis*, t. LXXXVIII (1898), p. 401). Le criterium de la distinction ne peut se trouver dans le but, car corporations et fondations poursuivent des buts tout à fait semblables. Le caractère essentiel de la corporation est de comporter des membres ayant droit, par des assemblées générales, de participer à la direction. La fondation s'en rapproche lorsque sa charte donne ce droit aux destinataires ; et la corporation se rapproche de la fondation lorsque les statuts diminuent les pouvoirs de l'assemblée générale. Mais on peut fixer une limite : les statuts de la corporation ne peuvent enlever à l'assemblée générale le droit de dissoudre l'association (Code civil allemand, § 41). Si ce droit manque, il n'y a plus corporation, mais fondation. — De son côté la fondation se transformerait en véritable association si l'assemblée générale des destinataires avait le droit de la dissoudre ou d'en changer le but.

groupe dont le but est déterminé par une volonté étrangère. Ce critérium est le seul sûr, parce que, comme nous l'avons vu, une corporation peut avoir une organisation presque entièrement corporative et inversement, en sorte que tout critérium tiré du mode d'organisation est nécessairement inexact (1).

81. II. — Les explications que nous venons de donner se rapportent exclusivement aux personnes morales de droit privé (en prenant le mot dans le sens que nous déterminerons plus bas). Mais nous devons nous placer sur un terrain beaucoup plus large que celui de Savigny, puisque nous voyons dans la notion de personnalité morale une notion commune au droit public et au droit privé. Il faut donc nous demander si la distinction en *corporations* et *fondations* s'applique aux personnes morales de droit public, telles que l'État, les communes, les établissements publics, etc.

Qu'on puisse trouver dans ces personnes soit des éléments corporatifs, soit des éléments fondatifs, ce n'est point douteux. L'État souverain organisé démocratiquement présente tous les éléments d'une corporation ; c'est un groupe humain qui détermine lui-même son but ou ses buts, et qui s'administre librement. Il en est de même de la commune douée d'autonomie. A l'inverse nos établissements publics présentent les caractères d'une fondation faite par l'État ou la commune. Ils sont destinés, comme les fondations de droit privé, à subvenir aux besoins d'un groupe qui ne participe pas ou qui participe peu à leur direction. Il serait donc possible de classer les

(1) En ce sens Bernatzik, *Archiv für öffentliches Recht*, t. V (1890), p. 250-253.

personnes morales de droit public d'après ce criterium. Mais on peut douter qu'il présente ici une réelle utilité.

On doit remarquer tout d'abord qu'il serait beaucoup plus incertain et flottant qu'en droit privé. C'est surtout à propos des personnes morales de droit public qu'il est vrai de dire que beaucoup d'entre elles réunissent des traits appartenant à l'un et à l'autre type. En ce qui concerne l'État, on peut trouver des éléments fondatifs dans tout État où la collectivité des citoyens n'a pas, par elle-même ou par ses mandataires, la direction complète des affaires. Gierke a cru pouvoir qualifier d'*Anstaltstaat* (État fondation, État établissement) l'État soumis au régime du pouvoir absolu (*rein obrigkeitlicher Staat*) dans lequel le souverain apparaît comme incarnant l'État dans sa personne (1) ; et il l'a opposé à l'État moderne, qui est au contraire la plus haute manifestation de l'idée de corporation. D'autres auteurs ont vu les traits de l'*Anstaltstaat* dans l'État non-souverain, alors qu'à leurs yeux l'État souverain présente le caractère corporatif (2). Il est clair que, quel que soit le point de vue adopté (et ils ne sont ni l'un ni l'autre entièrement inexacts), il y aura entre le pur *Anstaltstaat* et le pur *Koerperschaftstaat* mille degrés intermédiaires possibles. Il est clair aussi que, pour la commune, on pourrait faire la même constatation ; elle n'est modelée entièrement sur le moule corporatif que lorsque, dans le cercle d'action qui lui appartient, elle jouit du droit de s'administrer et de se diriger elle-même ; et elle se rapproche plus ou moins d'un établissement d'État dès que celui-ci intervient dans

(1) *Genossenschaftsrecht*, t. II, p. 860-861. — *Deutsches Privatrecht*, § 60, p. 474-475.

(2) Rehm. *Staatslehre* (dans Marquardsen, t. I), p. 161 et suiv.

ses affaires, ce qu'il fait, mais à des degrés très variables, dans tous les pays civilisés. A un degré inférieur, les personnes morales que nous désignons sous le nom d'établissements publics nous apparaissent bien tout d'abord comme des fondations publiques provenant de l'Etat ou de la commune; mais plusieurs, telles, par exemple, que les associations syndicales autorisées, sont organisées en corporations plus ou moins contrôlées et dirigées par l'État (1). Ainsi, à tous les degrés, nous trouverions, si nous voulions étendre au droit public la distinction du droit privé, une grande incertitude dans son application.

D'autre part, on peut douter que la distinction puisse, dans ce nouveau domaine, présenter des intérêts pratiques. Il ne semble pas que l'on puisse construire des théories différentes de l'État ou de la commune, uniquement en se basant sur leur classification dans la catégorie *établissement* ou dans la catégorie *corporation*. Pour cela les degrés intermédiaires entre les deux types extrêmes sont trop nombreux et il y a trop d'autres idées importantes qui entrent en jeu (2). Pour les établissements publics ce seront toujours des statuts, soumis à l'approbation de l'État, qui détermineront dans quelle mesure les intéressés participeront à l'administra-

(1) V. encore, sur ce mélange des caractères de la corporation et de la fondation dans un grand nombre de personnes morales du droit public, Gierke, *Genossenschaftsrecht*, t. II, p. 971-973. — Stobbe, *Deutsches Privatrecht* (3e éd., 1893), t. I, p. 430. — Endemann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 8e éd., t. I, § 49, n. 3. L'art. 89 du Code civil allemand nomme séparément les corporations, fondations et institutions du droit public, mais pour les soumettre à une même règle.

(2) Cf. Jellinek, *Allg. Staatslehre*, p. 147, n. 2.

tion ; et le fait qu'ils y participent plus ou moins ne change pas grand'chose à l'idée générale que l'on peut se faire de ces sortes d'établissement.

On peut donc conclure en somme que la distinction n'a d'importance réelle qu'en droit privé ; elle formera une subdivision importante des personnes morales de droit privé. Mais pour trouver une classification complète des personnes morales, il faut remonter à une idée plus générale. Nous avons cru cependant devoir étudier en premier lieu la distinction précédente, parce qu'elle est pour beaucoup d'auteurs une distinction d'ordre général, et parce que d'ailleurs, si en droit public elle ne peut fournir la base d'une classification, on ne doit point cependant l'y perdre de vue, les éléments fondatifs et les éléments corporatifs se retrouvant en droit public, et y produisant au moins certains effets partiels.

II

82. Même dans l'opinion qui restreint au droit privé la notion de personnalité morale, on peut, dans une certaine mesure, distinguer les personnes morales de droit privé des personnes morales de droit public. Ces dernières sont celles qui *en dehors de leur qualité de personnes morales* (laquelle reste purement patrimoniale) sont en même temps des institutions de droit public, telles que l'État et les communes. Dans ce système par exemple l'État n'est considéré comme personne morale que lorsqu'on l'envisage comme fisc ; mais on peut le qualifier de personne morale de droit public, parce qu'en dehors de cette qualité, il en a d'autres qui appartiennent

au droit public. Aussi les auteurs même qui soutiennent ce système font la distinction dont il s'agit.

Mais la distinction prend une bien plus grande importance et devient tout à fait capitale, lorsqu'on admet avec nous que la personnalité morale est une notion commune au droit public et au droit privé. Elle devient alors, presque forcément, la distinction fondamentale, d'abord parce qu'à la différence de la précédente elle embrasse *toutes* les personnes morales, ensuite parce que les personnes morales de droit public se distingueront profondément des autres : elles auront des privilèges et des moyens d'action plus étendus ; elles seront aussi moins libres, par cela même qu'elles appartiennent au droit public, c'est-à-dire à un domaine dont l'État garde jalousement la surveillance.

La distinction remonte au moyen âge. M. Ruffini, dans l'article que nous avons cité, la fait remonter aux canonistes, et notamment à Innocent IV, à qui les post-glossateurs, et particulièrement Bartole, l'ont empruntée en la précisant (1). Les jurisconsultes de la première partie du XIX[e] siècle, suivant les traces de Savigny, lui ont substitué la distinction en corporations et fondations. Mais peu à peu on est revenu, presque inconsciemment, à la distinction ancienne, et aujourd'hui elle a pris dans la littérature juridique une place importante. Les Allemands, notamment, ici comme partout, ont apporté leur méthode de minutieuse généralisation, et ont proposé pour préciser le criterium de nombreuses solutions pratiques (2).

(1) Ruffini, *op. cit.*, p. 319 et suiv.

(2) V. principalement Rosin, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, p. 1 et s. — Gierke, *Deutsches Privatrecht*, § 75, et

83. En France la question ne s'est pas posée dès le début dans ses termes généraux. Dans l'état du droit tel qu'il existait au commencement du siècle dernier, la distinction se présentait avec une telle simplicité qu'il n'était nul besoin d'y insister. Comme nous le démontrerons plus loin (1), il n'y avait alors d'autres personnes morales de droit privé que les sociétés civiles et commerciales. Toutes les autres appartenaient incontestablement au droit public; car, même lorsqu'elles avaient une origine privée, elles étaient englobées dans les cadres de l'administration. La personnalité morale ne leur était reconnue qu'à ce prix. L'habitude se prit dès lors d'appeler *personnes morales d'intérêt public*, ou plus souvent encore *personnes morales administratives*, toutes les personnes morales autres que les sociétés de gain; c'est-à-dire non seulement l'État, la commune et les *établissements publics*, mais aussi, quand ils commencèrent à paraître, les *établissements d'utilité publique*, c'est-à-dire les groupements d'origine privée, ayant un but désintéressé, à qui la personnalité était reconnue par acte individuel de l'État. Cette terminologie se retrouve encore dans beaucoup d'auteurs récents (2).

Genossenschaftstheorie, p. 646. — Regelsberger, *Pandekten*, § 80. — Endemann, *Lehrbuch des burg. Rechts*, § 49. — Jellinek, *System der subj. öffentl. Recht*, p. 250 et suiv.

(1) V. ci-après, ch. IV.

(2) M. Berthélemy, p. ex. dans son Traité de droit administratif, désigne toutes ces personnes morales sous le nom de *personnes morales d'intérêt public* (v. 1re éd., p. 39-40 ; 3e éd., p. 37 : V. aussi l'article de M. Sauzet, sur la Nature de la personnalité civile des syndicats professionnels, *Revue critique*, 1888, p. 296 et 391. — Le terme de *personnes morales administratives* peut à la rigueur se justifier, même pour les établissements d'utilité publique, parce qu'ils sont placés sous un contrôle administratif assez

Elle est pourtant injustifiée ; elle ne s'explique que par une survivance des idées que nous venons de rappeler. Aujourd'hui il est inexact de considérer les établissements d'utilité publique comme des personnes morales de droit public. Sans doute elles sont soumises à certaines règles de droit public ; mais elles ont cela de commun avec toute personne, même physique. Elles sont soumises à la surveillance de l'État, plus étroitement, il est vrai, que les individus ou les sociétés de gain, mais c'est une surveillance *extérieure*, que l'État exerce comme pouvoir de police et qui n'a pas pour conséquence d'en faire des organismes de droit public. Au fond ce sont des groupements *privés*, agissant conformément au droit privé, placés vis-à-vis des particuliers dans une situation d'égalité absolue, libres d'ailleurs de ne pas se former, une fois formés, libres de ne pas agir (1),

étroit, et qu'à raison de ce fait le droit administratif doit s'occuper d'eux. Mais cela n'établit pas entre eux et les autres personnes morales de droit privé (par exemple aujourd'hui les syndicats professionnels) de différence fondamentale. Depuis la loi du 1er juillet 1901, la classification est encore devenue plus évidente. Il n'y a pas un abîme entre l'association *déclarée* et l'association *reconnue d'utilité publique* ; celle-ci a seulement une capacité un peu plus large. Les premiers commentateurs de la loi nouvelle, MM. Trouillot et Chapsal (*Du Contrat d'assoc.*, p. 103), classent les établissements d'utilité publique parmi les personnes morales privées.

(1) On devrait pouvoir ajouter : libres de se dissoudre. Cela cadrerait avec la conception générale de l'établissement d'utilité publique telle qu'elle résulte actuellement de l'ensemble de la législation. Cependant les articles 16 et 18 des statuts-modèles de 1893 (*Revue des établiss. de bienf.*, 1895, p. 331 et suiv.) soumettent la délibération de l'assemblée générale prononçant la dissolution à l'approbation du gouvernement. Cette anomalie ne suffit pas à détruire, à elle seule, la notion de groupement privé que nous développons au texte. Elle est d'ailleurs plus nominale que réelle, car

n'ayant ni les privilèges ni les charges des services publics. Le véritable passage entre le droit privé et le droit public se trouve non entre les sociétés de gain et les établissements d'utilité publique, mais entre ces derniers et les établissements publics.

Aussi la distinction entre ces deux classes, péniblement introduite par la jurisprudence et par la doctrine (1), a-t-elle fini par prendre dans tous les traités de droit administratif une place importante. Elle correspond entièrement à la distinction, classique en Allemagne et en Italie, en personnes morales de droit public et personnes morales de droit privé, avec cette seule différence que les établissements publics ne comprennent pas toutes les personnes morales de droit public et que les établissements d'utilité publique ne comprennent pas toutes les personnes morales de droit privé. En d'autres termes, la doctrine française a étudié la distinction, en se plaçant simplement au point de vue pra-

évidemment le Gouvernement serait tout à fait impuissant à maintenir l'existence de fait d'une association reconnue d'utilité publique dont tous les membres se refuseraient à continuer l'existence. Son intervention ne peut maintenir l'association que lorsqu'il trouve une minorité d'accord avec lui dans ce but ; et même sans cette intervention cette minorité (si la législation ne lui opposait pas d'obstacle artificiel) pourrait aussi bien continuer l'œuvre entreprise.

La classification des établissements d'utilité publique parmi les personnes morales de droit privé est admise aujourd'hui par beaucoup d'auteurs. V. p. ex., Capitant, *Introd. à l'étude du droit civil*, 2e éd., p. 176. — Hauriou, *Droit adm.*, 5e éd., p. 93-94. — Trouillot et Chapsal, *Du contrat d'assoc.*, p. 103. — Cpr. les conclusions de M. Romieu, commissaire du gouvernement dans l'affaire de la Caisse des écoles du VIe arrondissement, tranchée par Cons. d'Et. 22 mai 1903 (D. 1904. 3. 1).

(1) V. *infrà* le chapitre IV.

tique, c'est-à-dire en considérant, dans chacun des deux domaines, uniquement le groupe le plus rapproché de la limite. Elle a posé la question d'une manière moins générale que la doctrine allemande, mais au fond c'est la même question, car la limite qu'il s'agit de déterminer est la même.

84. Cette limite est très importante, comme le prouvent les nombreuses différences de détail, aujourd'hui classiques, que l'on peut relever entre les deux groupes. Bien qu'elles soient très connues, il est nécessaire de les résumer ici (1). Elles s'expliquent toutes par cette idée que l'établissement d'utilité publique a le caractère privé, alors que l'établissement public gère un véritable service public. De là pour ce dernier :

1° Certains privilèges qui n'appartiennent qu'aux services publics :

a) Soumission aux règles de la comptabilité publique, d'où résultent pour lui la compétence spéciale du juge des comptes dans ses rapports avec son comptable, le droit d'hypothèque légale de l'article 2121 sur les immeubles de ce comptable, l'impossibilité de faire un paiement autrement que sur mandat délivré sur un crédit régulièrement ouvert et par conséquent l'impossibilité pour les créanciers de poursuivre l'établissement par les voies ordinaires d'exécution (2);

(1) Sur ces différences v. notamment Ducrocq, *Droit administ.*, 6e édit., t. II, nos 1338-1339. — Aucoc, *Conférences*, t. I, no 210. — Hauriou, *Droit administr.*, 5e éd., p. 94. — Berthélemy, *Droit administ.*, 2e éd., p. 52-53. — Dalloz, *Lois administratives annotées*, t. II, p. 1233-1234.

(2) Il y a sur ces divers points quelques exceptions : les chambres de commerce ne sont pas soumises aux règles ordinaires de la comptabilité publique, mais à des règles spéciales d'administration



b) Travaux de l'établissement considérés comme travaux publics quand ils sont entrepris dans l'intérêt du service public qui lui est confié : de là de nombreuses conséquences sur les règles à suivre soit vis-à-vis de l'entrepreneur des travaux, soit vis-à-vis des tiers qui souffrent de dommages par suite de leur exécution ; compétence du conseil de préfecture sur les contestations ; possibilité d'exproprier, sinon directement, au moins par l'intermédiaire de l'État ou de la commune ;

c) Soumission de leurs bois et forêts au régime forestier (art. 1, C. for.) ;

d) Diverses mesures de faveur ; plus grandes facilités pour emprunter au Crédit Foncier (loi du 26 février 1862) ; certaines faveurs fiscales (p. ex. leurs immeubles affectés à un service public sont exempts de la contribution foncière, exemption qui ne s'étend pas aux immeubles des établissements d'utilité publique (V. C. d'État, 22 mai 1895 ; D. 96, 3, 17) ; règles spéciales sur le droit de timbre (loi du 23 août 1871, art. 20, § 3, etc.) ;

e) Dispositions de procédure ayant pour objet de les protéger dans les procès : communication de leurs procès au ministère public (art. 83 du Code de proc. civ.) ; dispense du préliminaire de conciliation (art. 49) ; possibi-

financière indiquées dans la loi du 9 avril 1898, art. 21 et suiv. (V. l'article de M. Guillaumot, dans *Rev. génér. d'administr.*, 1898, t. I, p. 290 et s., et le *Dictionn. génér. d'administr.* de Blanche, réédité par M. de Moüy, p. 241 242). — Les établissements ecclésiastiques ne sont soumis aux règles de la comptabilité publique que depuis les décrets du 27 mars 1893, et leurs trésoriers ne sont soumis à l'hypothèque légale de l'art. 2121 que dans des conditions un peu spéciales. — Les corporations d'officiers ministériels, les ordres d'avocats, sont également en dehors de la règle générale. V. *infrà*, n° 95.

lité de se pourvoir par voie de requête civile, dans les mêmes conditions que l'État, les communes, les mineurs (art. 481).

2° Certaines incapacités qui sont la contre-partie des privilèges précédents, et qui s'expliquent comme ces privilèges eux-mêmes, avec qui ils sont intimement liés, par le fait qu'il s'agit d'un service public dont la bonne gestion n'est pas indifférente à l'intérêt général : nécessité d'une autorisation pour faire des baux à long terme (art. 1712 C. c.), pour transiger (art. 2045, 3°) pour acquérir ou aliéner certains biens (loi du 2 janvier 1817, art. 2 et 3); loi du 7 août 1851, art. 9 et 10, etc.); contrôle de l'administration supérieure sur les budgets; obligation de communiquer aux agents de l'enregistrement les registres et pièces de comptabilité (décret du 4 messidor an XIII, art. 1); règles spéciales sur l'enregistrement de leurs actes, les uns étant exempts, les autres soumis à la formalité dans les vingt jours (l. 15 mai 1818, art. 78 et 80), alors que les établissements d'utilité publique sont soumis sur ce point à la même règle que les particuliers, c'est-à-dire que leurs actes ne sont sujets à l'enregistrement qu'au moment où il en est fait usage, et, dans certains cas exceptionnels, dans les trois mois de leur date (l. 22 frimaire an VII, art. 22 et 23).

Jusqu'à la loi du 8 janvier 1905, ces incapacités comprenaient en outre la nécessité d'obtenir une autorisation pour ester en justice (art. 1032, C. Proc.); mais l'article 3 de cette loi ne laisse plus subsister cette règle qu'à titre tout exceptionnel.

3° Au contraire, surveillance relative aux dons et legs moindre que celle qui concerne les établissements

d'utilité publique, parce que l'État a moins à se méfier de la mainmorte officielle que de la mainmorte libre (loi du 4 février 1901, art. 4, qui permet aux établissements publics d'accepter sans autorisation les dons et legs qui leur sont faits sans charge, condition ni affectation immobilière).

4° Qualité de *fonctionnaires* reconnue, au moins à certains points de vue, à leurs administrateurs ou agents, alors que jamais cette qualité n'appartient, comme telle, aux administrateurs des établissements d'utilité publique. Sur ce dernier point, la jurisprudence et la doctrine ont encore de nombreuses hésitations; mais il est dans la logique des choses que les administrateurs des établissements publics soient de plus en plus considérés comme investis de véritables fonctions publiques et qu'on en tire peu à peu toutes les conséquences (1).

(1) En ce sens Chante-Grellet, dans le Répertoire de Béquet, v° *Fonctionnaires,* nos 72 et suiv. — M. Ducrocq, au contraire (*Droit administr.*, 6e éd., n° 1333, n° 1), conteste la qualité de fonctionnaires aux administrateurs des établissements publics, notamment aux administrateurs des fabriques, parce qu'ils peuvent être élus ou désignés par l'évêque, et que « ni l'élection des fabriciens, ni la nomination de l'évêque, ne peuvent faire des fonctionnaires publics ». Il la conteste aussi aux membres des commissions administratives des hôpitaux, des hospices et des bureaux de bienfaisance, parce qu'ils remplissent une « mission gratuite de dévouement et de charité ». Mais ces arguments sont bien loin d'être décisifs : ni la nomination directe par le Gouvernement, ni le caractère rétribué de la fonction ne sont de l'essence de la notion de fonctionnaire public (V. sur les divers systèmes proposés pour préciser cette notion, la thèse de M. Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique.* Paris, 1901, p. 26 et suiv.).

La jurisprudence a de nombreuses hésitations, tenant d'ailleurs en général à ce que la question, au point de vue des textes, ne se

5° Les établissements publics étant des administrations publiques, leurs décisions sont des actes admi-

présente pas toujours de la même manière. Ainsi la jurisprudence a eu à se demander : 1° avant 1870, si on devait considérer les administrateurs des hospices comme *agents du gouvernement* au sens de l'art. 75 de la Constit. de l'an VIII ; elle avait hésité (Req. 5 nov. 1850, D., 50. 1. 329, aff. (motifs) ; Cass. crim. 14 nov. 1850, D. 50. 5. 235 nég.) ; 2° si on doit les considérer comme *citoyens chargés d'un service ou mandat public*, au sens de l'art. 31 de la loi sur la presse du 19 juillet 1881. La Cour de cassation paraît fixée dans le sens de la négative (Cass., 27 février 1885, D., 85, 1, 379 ; 20 juillet 1893, D., 97, 1, 341 ; 21 mai 1898, D. 99. 1. 428) ; mais, outre que beaucoup d'auteurs contestent cette solution (p. ex. Béquet, v° *Assist. publique*, n°s 611 et 612, et Chante-Grellet, *loc. cit.*, n° 73), elle est contestée par des arrêts de Cour d'appel (Toulouse, 5 juin 1883, eod. l.) ; d'autre part, la Cour de cassation admet elle-même, que l'article est applicable au maire diffamé en qualité de président de ladite commission (Cass. 10 nov. 1892, D., 93. 1. 21) ; et des décisions judiciaires ont admis que l'art. 30 de la même loi sur la presse s'applique aux *commissions* envisagées collectivement (Tribunal de Meaux, 13 février 1884. Dall. *Suppl.* v° *Presse-outrage*, n° 933). Enfin un jugement récent (Tribunal des Sables-d'Olonne, 31 décembre 1903, D., 1904. 2. 371) a traité comme des citoyens chargés d'un service ou mandat public les membres d'un bureau de bienfaisance, en se basant sur l'attribution de droit public qui leur appartient (distribution des secours). Ce jugement admet d'ailleurs que les membres des commissions administratives des hospices n'ont aucune attribution du même ordre, ce qui nous paraît tout à fait inexact ; 3° si on doit leur appliquer l'article 197 du Code pénal qui prononce une pénalité contre tout fonctionnaire révoqué qui continue ses fonctions, et ici elle a admis l'affirmative (Cass. 30 octobre 1886, D., 87. 1. 507, la solution s'applique à un fabricien, mais il ne semble pas douteux qu'elle ne doive s'étendre à un administrateur d'hospice) ; 4° si on doit leur appliquer l'art. 177 sur la corruption de fonctionnaires ; ici encore elle paraît bien pencher vers l'affirmative, si l'on en juge par les considérants d'un arrêt de la C. de cass. du 24 février 1893, D. 93. 1. 393, qui applique l'article aux députés et sénateurs.

Nous croyons qu'il serait préférable de déclarer la plupart de ces



nistratifs, ayant le caractère exécutoire, et soumis aux voies de recours qui frappent d'ordinaire les actes administratifs, notamment, lorsqu'elles contiennent acte d'autorité, au recours pour excès de pouvoir (1).

Les différences précédentes n'ont pas d'ailleurs une constance absolue. On peut admettre qu'il y a un régime général des établissements publics, mais que quelques-uns d'entre eux, tout en étant des personnes morales publiques, comme les établissements publics ordinaires, sont, par des dispositions expresses ou implicites de la loi, soustraits sur certains points à ce régime commun (2). Ces établissements peuvent-ils encore être qualifiés d'établissements publics? Oui, au sens large du mot. Mais peut-être vaudrait-il mieux réserver ce terme aux établissements publics *stricto sensu*, soumis à toutes les règles administratives de la matière, et dire purement et simplement de ces personnes morales que ce sont des personnes morales de droit

articles applicables aux représentants des établissements publics, et nous donnerions la même solution pour tous les articles du Code pénal qui prévoient des crimes ou délits spéciaux aux fonctionnaires (p. ex. l'art. 174 sur la concussion). Il faut toutefois faire exception pour ceux qui ne peuvent viser que des fonctionnaires compétents pour faire des actes *de puissance publique*, tels que les art. 184 et suiv. (et aussi l'art. 224 du C. pénal, comme l'a décidé la Cour de Paris en en refusant d'appliquer cet article aux dames télégraphistes, arrêt du 25 octobre 1904, aff. Sylviac et Belloche).

D'autre part la qualité de fonctionnaire a encore d'autres conséquences au point de vue des relations avec l'établissement lui-même. Il faut appliquer, croyons-nous, aux agents des établissements publics les mêmes règles qu'aux fonctionnaires communaux en ce qui concerne le contentieux des nominations et révocations.

(1) Hauriou, 5e éd., p. 480, n. 1 *in fine*.

(2) Nous verrons qu'on peut en dire autant des établissements d'utilité publique.

public. On peut appliquer cette observation, notamment, aux établissements ecclésiastiques, aux ordres d'avocats et aux corporations d'officiers ministériels.

85. Quoi qu'il en soit, les différences précédentes, toutes empruntées à la législation positive, montrent bien l'importance de la distinction. Mais si nous cessons de limiter la question à la comparaison des deux groupes voisins, et si nous l'élargissons en comparant l'une à l'autre les deux catégories plus larges formées par les personnes morales de droit public, d'une part, les personnes morales de droit privé, d'autre part, si en même temps, nous transportons la question sur le terrain législatif, — nous serons bien vite convaincus que l'importance de cette classification devient tout à fait capitale. Nous relèverons notamment les deux points suivants :

1° Les personnes morales de droit public n'ont pas seulement des droits patrimoniaux, mais aussi des droits appartenant au domaine du droit public : droits de police, droit de lever les impôts, droit d'exproprier, etc.; droits qu'elles ont dans une mesure très inégale, mais que toutes possèdent plus ou moins. Leur étude est donc bien plus complexe que celle des personnes morales de droit privé. Leurs rapports avec leurs agents, avec leurs membres, avec les personnes dont elles ont à s'occuper, sont aussi de nature différente (1).

2° En général le législateur ne peut, ni pour leur créa-

(1) L'Institut de droit international (session de Copenhague, 1897) a admis que les personnes morales *publiques* reconnues dans leur Etat d'origine sont reconnues de plein droit dans tous les autres Etats.



tion ni pour leur suppression, adopter les mêmes règles que pour les personnes morales de droit privé. Même quand ces dernières se réduisaient, en dehors des sociétés civiles et commerciales, aux établissements d'utilité publique, leur création ne se faisait pas d'après les mêmes principes que ceux des personnes morales de droit public. Elles étaient, en effet, autorisées par décret rendu en Conseil d'Etat, au lieu que la création des personnes morales de droit public a toujours en principe nécessité une loi. Aujourd'hui que la plupart des groupements désintéressés peuvent parvenir à un certain degré de personnalité sans intervention de l'autorité publique, la distinction est encore bien plus tranchée ; car jamais les personnes morales de droit public, dans l'Etat moderne une fois constitué, n'arrivent à la vie sans l'intervention active de ce dernier. Les groupements privés peuvent, d'autre part, se dissoudre en principe sans autorisation, alors que les personnes morales de droit public ne le peuvent pas. Enfin, le plus souvent aujourd'hui leur suppression par les pouvoirs publics, et les conséquences de cette suppression sont soumises à des règles autres que celles qui s'appliquent aux personnes morales de droit public (1).

(1) V. pour le développement de ces différences, les divers chapitres suivants. Dans cet ordre d'idées, M. Romieu, commissaire du Gouvernement dans l'affaire de la Caisse des écoles du VI[e] arrondissement, a fait ressortir une différence pratique entre les deux catégories ; les lois administratives, qui posent les bases de l'organisation des services publics (telles que les lois de 1882 à 1886 sur l'enseignement) régissent de plein droit la situation des établissements publics même créés antérieurement à elles ; car ces établissements ne sont que des services publics. Au contraire elles ne peuvent être considérées, à moins de disposition expresse de leur

86. Ceci suffit à montrer que cette classification est bien celle que nous ne devrons jamais perdre de vue quand nous traiterons des personnes juridiques. Il serait désirable que nous eussions, pour l'opérer, un criterium très précis. Mais il nous manque. Ici comme ailleurs les formes de la vie sont tellement complexes que, tout en pouvant indiquer les caractères principaux de chaque classe, nous avons peine à tracer la ligne de démarcation, parce qu'il y a des formes intermédiaires, qui réunissent en eux des caractères empruntés aux deux types, et parce que les personnes de droit public n'ont de droits publics que dans une mesure très inégale. Il est remarquable que la doctrine allemande et la doctrine française se sont trouvées ici dans le même embarras (1). La première après avoir passé en revue les divers criteriums proposés (2), paraît aujourd'hui con-

part, comme régissant les établissements d'utilité publique déjà existants ; ceux-ci restent régis par leurs statuts. qui sont pour eux la source de droits acquis. V. Dall. 1904-3-1 et s.

(1) La doctrine italienne s'est trouvée aux prises avec la même difficulté, et l'on y trouve les mêmes incertitudes dans la solution. V. Giorgi, *Persone giurid.*, I, n° 185, p. 433 ; Brondi, *La publiche amministr. et la gestione di affari*, p. 53 et suiv. ; Fadda et Bensa, notes sur Windscheid, t. I, p. 792 ; Ruffini, *op. cit.*, p. 384 et suiv. — Ce dernier auteur est l'un de ceux qui ont le mieux mis en lumière l'importance de la distinction (p. 344 et suiv.).

(2) Les divers criteriums proposés ont été analysés avec beaucoup de soin par Rosin, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, p. 1-39. Ses explications sur ce point ont été résumées par M. Avril. Thèse citée, p. 25, n. 4. — L'analyse de Rosin est d'ailleurs uniquement applicable à la comparaison des *corporations* de l'un ou de l'autre domaine. La distinction entre les *fondations* de droit privé et les *fondations* de droit public paraît avoir soulevé, en Allemagne, beaucoup moins de difficulté. Les

clure qu'il n'existe pas de signe distinctif infaillible, permettant à lui seul de séparer les deux classes, et qu'on ne peut opérer la classification qu'après avoir examiné l'*ensemble* des règles juridiques à appliquer à la personne morale dont il s'agit (1). En France, M. Ducrocq, après avoir passé en revue divers systèmes proposés, arrive à une conclusion tout à fait analogue : « Il faut donc se borner à dire, en raison de la diversité même des établissements publics, et pour se tenir dans les termes d'une définition exacte et commune à tous, au risque d'être plus large, que ce sont des établissements doués d'une vie propre, qui font partie intégrante de l'organisation administrative du pays, *ou qui lui sont étroitement rattachés* (2). » Termes auxquels on ne peut certes reprocher un excès de précision.

Il est certain en effet qu'il faut, en cette question, se montrer prudent, d'autant mieux que la loi positive ne nous fournit pas d'indication sûre (3), et qu'il ne faut

procès-verbaux de la seconde commission de préparation du Code civil indiquent sur ce point le criterium généralement adopté ; la fondation privée est celle qui est érigée par acte privé, la fondation publique celle qui est érigée par un acte de la puissance publique (*Protokole*, p. 585-586, et Saleilles, *Les personnes jurid. dans le C. c. allemand*, p. 131-132).

(1) C'est notamment la conclusion de Gierke (*Deutsches Privatrecht*, § 75, p. 621, n. 19) ; de Regelsberger (*Pand.*, § 80 p. 319, n. 4); d'Endemann, *op. cit.*, § 49, n. 2 ; de Jellinek (*System*, p. 251). Ce dernier auteur va jusqu'à dire ceci : « C'est souvent *chose d'appréciation individuelle*, comme partout où la vie montre des transitions insensibles, que de déterminer la ligne, qui, dans le flot de ce qui vient à l'existence, sépare le groupe du droit privé du groupe de droit public ».

(2) *Op. cit.*, n° 1333, note 1, *in fine*.

(3) Le législateur français a longtemps employé les deux termes d'établissements *publics* et d'*utilité publique* d'une manière tout

pas chercher un signe *unique*, formant criterium infaillible. Les signes proposés comme tels dans la doctrine laissent tous à désirer. On ne peut pas ranger dans le droit public tous les groupements ayant des *privilèges* de droit public, parce que de semblables privilèges peuvent être accordés même à des personnes privées et que d'ailleurs les personnes publiques ne les ont que dans une mesure très inégale (1). On ne peut pas non plus se baser sur le caractère forcé des groupements publics en l'opposant au caractère *volontaire* des groupements privés; car ni les premiers ne sont toujours forcés, ni les seconds toujours volontaires (2). Il faut

à fait indifférente. A cette incertitude il y a d'ailleurs une raison profonde, c'est que la distinction dont il s'agit *ne peut pas* et *ne doit pas* empêcher la collaboration entre l'administration et l'initiative privée. De là résulte l'existence d'établissements *mixtes*, dont on ne sait plus bien s'ils sont publics ou privés ; V. sur ces établissements mixtes, et sur les avantages qu'ils présentent, les excellentes considérations de M. Hauriou dans Sirey, 1905. 3. 33. Mais cela n'enlève rien, quoiqu'en dise notre éminent collègue, à l'importance juridique de notre distinction.

(1) Les privilèges tels que : exemption d'impôts, facilités d'administration, garanties contre les administrateurs ou les comptables, etc., peuvent varier à l'infini et être accordés à des personnes morales privées comme aux autres. Par exemple les sociétés d'habitations à bon marché, qui sont des sociétés de gain (encore qu'inspirés par un but philanthropique) et qui appartiennent certainement au droit privé, jouissent de diverses faveurs de ce genre.

(2) Par exemple les églises et les divers groupements qui en dépendent, bien qu'appartenant au droit public dans la plupart des législations ne peuvent employer le « compelle intrare ». En sens inverse on conçoit qu'un groupement, qui reste de nature privée, puisse englober de force certaines personnes, ou être indépendant de leur volonté. C'est ce qui existe pour la *famille*, partout où elle est considérée comme une personne morale.

écarter aussi l'idée, formulée par Ihering, que le caractère des groupements publics est le *droit pour tous* d'en faire partie, car cela est loin d'être constant, et d'autre part des groupements privés peuvent être largement ouverts (1). On ne peut admettre davantage un criterium tiré du but de l'association, parce que, la plupart du temps le but poursuivi n'est pas le monopole *exclusif* des services publics, et qu'il peut être visé aussi bien par un groupement privé que par un groupement public (2). Enfin il faut considérer comme insuffisant le criterium que Rosin indique après avoir passé en revue tous les autres, critérium qui consisterait à considérer comme appartenant au droit public les groupements que l'Etat regarde comme *obligés vis-à-vis de lui* à accomplir leur mission. Car les Eglises et les groupements qui en dépendent ne sont pas dans ce cas ; et d'autre part certains groupements privés peuvent avoir des obligations de ce genre (3). D'ailleurs tous les groupements ont des

(1) Aussi les développements d'Ihering (*Zweck im Recht*, t. I, p. 296 et suiv. — Trad. Meulenaere, p. 201, n° 138) sont-ils uniquement des développements d'ordre philosophique, qui n'ont pas la prétention de trancher la question en droit positif. Il insiste sur le caractère public de toute association désintéressée, dans laquelle on cherche à faire de la propagande, et l'oppose au caractère privé des sociétés de gain ; il conclut que l'*association* appartient au droit public, et que c'est chose arbitraire de restreindre la notion de droit public à l'Etat et à l'Eglise. — Cela implique une conception de droit public que nous ne pouvons discuter ici.

(2) Le criterium du *but* ramènerait à l'idée que l'Etat a le monopole du bien public, idée qui n'est plus celle de l'Etat moderne. — On doit ajouter qu'il serait le plus souvent fort incertain si on le considére en lui-même, abstraction faite de l'appréciation positive de l'Etat. C'est bien la considération du but qui détermine l'Etat a englober l'établissement dans les services publics ; mais *lui seul* est compétent pour fixer les buts qu'il se propose.

(3) Par exemple les sociétés anonymes chargées d'un service

obligations vis-à-vis de l'Etat ; l'étendue plus ou moins grande de ces obligations n'est qu'une différence de quantité, qui n'influe pas directement sur les rapports juridiques de l'association avec ses membres ou avec les tiers (1).

Il est plus exact sans doute de dire que les personnes morales de droit public ont essentiellement des *droits de puissance publique*, qu'elles ont vis-à-vis de leurs membres ou vis-à-vis des tiers des prérogatives de droit public, au lieu d'être, comme les personnes privées, placées vis-à-vis d'eux sur un pied d'égalité. C'est par là, en effet, qu'elles appartiennent au droit public, qu'elles cessent d'être, au point de vue juridique, des organismes purement patrimoniaux (2). Ces droits de puissance publique sont d'ailleurs très inégalement développés. Dans l'Etat, ils vont jusqu'à la souveraineté. Dans les communautés territoriales inférieures (communes, groupes de communes, départements, provinces) ils comprennent encore, ou peuvent comprendre, des droits de police assez étendus, le droit de lever des impôts (au moins dans certaines limites), le droit d'exproprier, etc. Dans nos établissements publics, ces droits ne se retrouvent pas tous ; ils ont cependant, assez fréquemment, le droit de lever des impôts et celui d'exproprier indirectement. Ils jouissent, dans les contestations, assez souvent, du *privilège du préalable*, tel que

public, comme la Banque de France, et les innombrables sociétés concessionnaires de services d'intérêt général.

(1) Cf. Jellinek, *op. cit*,, p. 252.

(2) Au fond, c'est le système développé par Jellinek, *op. cit.*, p. 253 et suiv. — C'est aussi l'opinion de G. Meyer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1883), t. I, p. 19.



M. Hauriou l'a décrit (1), privilège qui est un véritable droit de puissance publique. Enfin ils ont aussi, le plus souvent, comme juges, les tribunaux administratifs et non les tribunaux judiciaires. Quand tous ces traits se trouvent réunis, on doit admettre qu'il y a personne morale publique ; et cette seule règle suffira à classer d'assez nombreux établissements. Mais, pris séparément, chacun de ces droits ne suffit pas à caractériser la personne publique, et de l'existence de l'un on ne peut conclure sûrement à l'existence des autres. Quelques-uns d'entre eux, en effet, peuvent appartenir exceptionnellement à des personnes privées : par exemple les concessionnaires de mines ont un certain droit d'expropriation, la Banque de France exerce un monopole, etc. — C'est donc un criterium qui ne peut se suffire à lui-même, pas plus que les précédents. On ne pourra classer sûrement une personne morale dans le droit public que lorsqu'elle réunira *plusieurs* des caractères passés en revue : l'*ensemble* de ces traits démontrera alors que le législateur a bien entendu le classer dans une région supérieure à celle du droit privé.

D'autres circonstances pourront aider à cette classification délicate : c'est d'abord la part prédominante prise par une personne publique déjà existante (notamment l'Etat, et parfois la commune) à la *création* de l'être moral qu'il s'agit de caractériser. Nos établissements publics se présentent le plus souvent comme des *fondations faites par l'Etat ou la commune ;* en fondant lui-

(1) *Droit administratif*, 5e éd., p. 225 et s. M. Hauriou analyse ce privilège, et y trouve les deux prérogatives suivantes : privilège de l'exécution préalable ; privilège de la création du contentieux par des actes préalables.

même, l'Etat montre qu'il considère le service comme l'un de ceux auxquels il doit pourvoir, et la fondation qu'il crée comme un véritable service public personnalisé ; et il en est de même de la commune. L'*origine* de l'établissement sera donc souvent le signe le moins équivoque. Mais il est loin, lui aussi, d'être à lui seul un signe suffisant, parce que la création est due fréquemment à une collaboration de l'action administrative et de l'initiative privée et qu'il est alors malaisé de déterminer laquelle est prépondérante. Enfin, un dernier signe pourra venir confirmer les autres : ce sera l'ingérence que l'Etat se réserve dans la vie intérieure de la personne morale, soit en désignant lui-même ses administrateurs, soit en surveillant de près son budget et ses comptes, soit en soumettant à son autorisation les actes les plus importants de sa vie civile. Là encore il n'y a rien d'absolu : des personnes morales privées peuvent être soumises à une tutelle administrative étroite à raison de la *méfiance* que l'État éprouve vis-à-vis d'elles ; c'est le cas notamment pour les congrégations religieuses. Mais lorsque l'intervention de l'Etat est poussée jusqu'à un certain degré, elle trahit d'ordinaire la pensée que l'Etat considère l'établissement comme un véritable service public et qu'il veut, à raison de ce fait, en assurer le bon fonctionnement.

87. Les explications précédentes fourniront le plus souvent la possibilité de classer les personnes morales dont la situation peut paraître douteuse. M. Hauriou a essayé, en étudiant la distinction des établissements publics et des établissements d'utilité publique (1), de

(1) *Droit administratif*. 4e éd., p. 507 ; 5e p. 481.



préciser un peu plus. Suivant lui, on ne doit considérer comme établissements publics que ceux qui sont *entretenus* par l'Administration, celle-ci prenant à sa charge les trois éléments dont se compose nécessairement tout service public : personnel, matériel, moyens financiers. Dans le doute, il faut se prononcer pour le caractère privé, parce qu'au fond ce sont les personnes morales privées qui représentent la liberté corporative (1).

Cette dernière règle nous paraît restreindre outre mesure la notion d'établissement public. La liberté corporative n'est point, nous semble-t-il, intéressée dans la question, parce que les cas douteux portent exclusivement sur des établissements que leur organisation positive rattache déjà de très près à l'Administration, qui ne peuvent en fait prétendre à une réelle liberté, et pour lesquels il y a plutôt intérêt à être franchement considérés comme des services publics, parce que cela leur assure en fait certains avantages. On peut même dire, depuis la loi du 4 février 1901, qu'en un certain sens le classement comme établissements publics leur procurera plus de liberté, puisque cette loi permet aux établissements de cet ordre d'accepter sans autorisation les dons et legs, quand il n'y a ni charge, ni condition, ni affectation immobilière, ni réclamation de la famille, alors que les établissements d'utilité publique ont dans

(1) Cf. sur ce dernier point Taudière, dans *Revue catholique des institutions et du droit*, t. XXIV, p. 412. — M. Hauriou est amené par là à exclure de la catégorie des établissements publics, à tort selon nous, les comités d'habitation à bon marché, les monts-de-piété, les associations syndicales autorisées (pour lesquelles cependant il déclare s'incliner aujourd'hui devant la solution donnée par le Tribunal des conflits).



tous les cas besoin d'une autorisation pour acquérir à titre gratuit.

Quant à la première règle donnée par M. Hauriou, elle est trop étroite aussi. Il n'est nullement nécessaire qu'un établissement soit pourvu directement par l'Administration de ses moyens d'action pour qu'on puisse le classer comme service public; beaucoup d'entre eux (tels, par exemple, que les bureaux de bienfaisance) ne reçoivent des pouvoirs publics que des subventions purement facultatives; d'autres n'ont jamais rien reçu; alors que des subventions peuvent être données, parfois très largement, à de simples établissements privés. L'existence d'une dotation provenant de l'Etat peut être seulement l'un des signes à ajouter à ceux que nous énumérions plus haut; mais ce n'est ni le plus constant, ni le plus caractéristique.

Cherchons maintenant à appliquer les explications théoriques que nous venons de donner aux cas qui ont fait difficulté dans notre droit (1).

88. I. *Congrégations religieuses*. — Les auteurs du milieu du XIXe siècle ont souvent qualifié les congrégations religieuses d'établissements publics (2), et le Conseil d'Etat avait, en 1841, conclu de cette classification qu'une autorisation leur était nécessaire pour

(1) Nous devons nous borner aux cas douteux, l'énumération des établissements publics et des établissements d'utilité publique ne pouvant trouver place ici (v. sur cette énumération, Hauriou, *op. cit.*, 5e éd., p. 483 et suiv.).

(2) V. notamment : de Gérando, *Institutes de droit administr.*, 2e éd., 1842, t. II, p. 18. Dufour, *Traité de droit administr.*, 2e éd., 1868, t. II, no 124. Reverchon, *Des autorisations de plaider,* no 148. Laisné-Deshayes, *Du régime légal des congrég. religieuses*, 1868, p. 49.



ester en justice (1). Cette solution découlait assez naturellement de la manière dont on avait envisagé les congrégations lors de leur reconstitution sous le 1[er] Empire et la Restauration (2) : elle était en outre favorisée par ce fait que la distinction entre les deux catégories d'établissements était alors incomplètement dégagée. Plus récemment, dans les difficultés pendantes entre le fisc et les congrégations, on a vu tantôt l'une, tantôt l'autre des parties en cause soutenir que les congrégations reconnues constituaient de véritables établissements publics. Les congrégations ont invoqué cette qualité, à côté d'autres arguments, pour démontrer que le fisc ne pouvait faire vendre leurs immeubles sans une autorisation du chef de l'Etat (3). En sens inverse, le fisc avait antérieurement émis la prétention d'assujettir les congrégations au droit de communication en vertu du décret du 4 messidor an XIII, qui l'impose aux administrateurs des établissements publics (4). Mais il est permis de penser qu'il n'y avait guère là, de part et d'autre, qu'un argument *ad utilitatem,* car la classification des congrégations religieuses parmi les groupes privés ne peut guère aujourd'hui faire l'objet d'un doute sérieux.

(1) Avis du comité de législ. du 21 mai 1841, reproduit par Dufour, *op.* et *loc. cit.*

(2) V. *infrà* les explications données sur ce point dans ch. IV.

(3) V. notre note sous Cass., 21 mars 1899. S. 99. 1. 449.

(4) V. la décision du Ministre des Finances du 22 août 1882, approuvant une note de l'Administration de l'Enregistrement, et l'instruction de cette même administration du 25 septembre 1882, D. 84. 3. 55. Le législateur est depuis lors intervenu, par la loi du 29 décembre 1884, art. 9, § 3, pour soumettre directement les congrégations (abstraction faite de toute idée de classification) au droit de communication.

Elle a déjà été affirmée par le Conseil d'Etat dans un avis du 13 janvier 1835 (1) ; un autre avis, en date du 6 juillet 1864, revenant sur la solution donnée en 1841, l'a encore affirmée implicitement en dispensant les congrégations religieuses d'autorisation pour ester en justice (2), et tous les auteurs récents sont dans ce sens (3). C'est qu'en effet nous ne trouvons ici aucun des traits de l'établissement public : ni l'origine, qui est purement privée ; ni les droits de puissance publique, qui n'existent en aucun cas ; ni même, si l'on comprend bien les choses, l'ingérence gouvernementale caractéristique de l'établissement public. Sans doute la congrégation religieuse est soumise à une tutelle administrative plus étroite que les établissements d'utilité publique ordinaires (lois du 2 janvier 1817, du 24 mai 1825). Il lui faut des autorisations non seulement pour accepter des dons et legs, mais aussi pour un certain nombre d'actes à titre onéreux. Elle doit au Gouvernement certaines communications (loi du 29 décembre 1884, article 9, § 3, loi du 1er juillet 1901, article 15). Mais on ne peut douter à l'heure actuelle qu'il y ait là, de la part de l'Etat, de simples mesures de précaution dictées par une idée de méfiance et non des mesures de protection.

(1) Dubief et Gottofrey, dans Béquet, v° *Cultes*, n° 2106.

(2) *Op. et loc. cit.*, n° 2107.

(3) Batbie, *Droit administr.*, t. V, n° 245. Ducrocq, 6e éd., nos 1333 et 1537. Hauriou, 4e éd., p. 121. Dubief et Gottofrey, *op. et loc. cit.*, nos 2106 et 2111. Drouin et Worms, *Traité des autoris. de plaider*, p. 26. Block, v° *Etablissement public*, n° 2. Tissier, *Dons et legs*, n° 90. La question de savoir si on peut les qualifier d'*établissements d'utilité publique*, ou s'il faut en faire une catégorie distincte, est d'ailleurs toute différente de celle que nous examinons ici, et elle est de faible importance.

L'Etat considère les congrégations comme étrangères à son organisme administratif. L'autorisation qu'il leur donne les laisse dans le droit privé.

89. II. *Associations syndicales.* — Les associations syndicales autorisées des lois du 21 juin 1865 et du 22 décembre 1884 doivent au contraire être considérées comme de véritables établissements publics. La question a été très vivement discutée ; et si la jurisprudence paraît fixée en notre sens par une décision du Tribunal des conflits, les auteurs sont encore divisés (1). Ce qui est décisif à notre avis, c'est d'abord l'ensemble des

(1) Conflits 19 décembre 1899. D., 1901. 3. 42. Auparavant le Conseil d'Etat avait déjà admis pour ces associations la qualité d'établissements publics (17 janvier 1890. D., 91. 3. 26 ; 22 décembre 1899. D., 1901. 3. 22). Mais la Cour de cassation les considérait comme de simples établissements d'utilité publique (1er décembre 1886, D., 87. 1. 183). Parmi les auteurs, cette dernière opinion était soutenue par MM. Ducrocq (*Droit administr.*, 6e éd., t. II, no 1574), Hauriou (*Droit administr.*, 3e éd., p. 788), Berthélemy (*Droit administr.*, 1re éd., p. 611). Ce dernier auteur maintient son opinion même après la décision du Tribunal des conflits (2e éd., p. 611, 3e éd., p. 614 et s.) ; M. Hauriou, au contraire (4e éd., p. 724 ; 5e éd., p. 698), a vu un *fait nouveau* dans l'article 58 du décret du 9 mars 1894, et il considère ce texte comme formant une base suffisante à la doctrine du Tribunal des conflits. A notre avis, ce serait là une base bien fragile, car le droit d'inscription d'office que consacre ce texte ne peut, *à lui seul*, suffire à classer un établissement ; il est seulement *l'un des traits* qui donnent aux associations syndicales le caractère d'établissements publics ; et, s'il a pu légalement être introduit dans le décret de 1894, c'est que ces associations avaient déjà par ailleurs ce caractère.

Les auteurs qui soutenaient, dès avant 1899, la solution qui paraît avoir triomphé, étaient notamment : Aucoc, *Conférences*, t. I, no 206. Picard, *Traité des eaux*, t. IV, p. 101 et suiv. Marquès di Braga et Lyon, *Comptab. de fait*, no 131. Tissier, *Dons et legs*, no 178.

droits de puissance publique accordé à ces associations par le législateur : droit de contrainte de la majorité sur la minorité pour la formation de l'association ; droit d'expropriation ; travaux envisagés comme travaux publics ; contributions des membres envisagées comme contributions publiques. Il ne s'agit pas seulement de certains privilèges de droit privé, mais bien de droits publics qui ne peuvent appartenir qu'aux personnes morales publiques. Le contrôle étroit auquel l'Administration soumet l'association (obligation d'exécuter les travaux, intervention dans la nomination des syndics, autorisation à donner pour les actes les plus importants, droit d'inscription d'office des dépenses accordé au préfet) n'est que la conséquence de sa situation de personne publique et ne peut que la confirmer. Les auteurs qui soutiennent l'opinion contraire paraissent en cela se rattacher à l'idée que la classification doit s'opérer d'après le *but* que poursuit l'association. L'argument de M. Ducrocq, c'est que ces associations ne représentent que des intérêts privés collectifs, et non un véritable intérêt général (1). Mais nous avons ici un exemple qui montre combien le criterium du but, envisagé en lui-même, est inacceptable. L'intérêt général dirige assurément l'Etat quand il fait aux associations syndicales la situation privilégiée que nous venons de décrire. Il estime que, *quel que soit le motif qui inspire les associés*, leur entreprise est intimement liée à la prospérité générale. Il manifeste son appréciation sur ce point par

(1) M. Hauriou insiste aussi sur l'idée que les bénéfices privés à retirer de l'opération sont la considération déterminante dans la formation de ces associations (5e éd., p. 698-699, n. 2).

l'ensemble des règles auxquelles il la soumet. Pour savoir si le groupement appartient au droit public, l'interprète n'a donc pas à se demander si *en lui-même* le but est d'intérêt général; cette appréciation purement subjective serait des plus incertaines; il a seulement à se demander si l'Etat l'a considéré comme tel, ce qui équivaut à dire que c'est dans l'organisation donnée aux groupes, dans l'ensemble des règles que l'Etat a jugé à propos de lui appliquer, que le criterium doit être recherché.

Au reste, le même but peut être poursuivi à la fois par des groupements privés et par des groupements publics. Nous en avons un exemple ici : d'une part, aux yeux de tous l'association syndicale *libre* est une association privée (1), bien que son objet soit identiquement le même que celui de l'association autorisée; d'autre part, le même objet peut encore être poursuivi, au moins dans certains cas, par l'association syndicale *forcée*, et même directement par l'Etat, c'est-à-dire par des groupes dont la qualité de personnes de droit public n'est pas douteuse. L'Etat, en poursuivant lui-même certains objets, ou en les assignant à l'activité des personnes de droit public qu'il crée, n'en prend pas pour cela le monopole, et peut fort bien permettre à des groupements privés de s'en occuper toutes les fois qu'ils réussissent à se constituer pour cela. Ce qui se produit ici est identique au fond à ce qui se produit à l'égard des buts purement désintéressés tels que l'enseignement ou l'assistance.

(1) Nous réservons pour le moment la question de savoir si on doit la considérer comme établissement d'utilité publique, ou la classer dans une autre catégorie de personnes privées.



90. III. — Nous classons également parmi les personnes de droit public les caisses de secours des ouvriers mineurs (loi du 29 juin 1894, art. 6 et suiv.). La question est cependant ici bien plus douteuse, parce que ces caisses n'ont pas besoin des mêmes droits publics que les associations syndicales. Mais leur organisation présente tous les traits des personnes de droit public créées par l'Etat lui-même, et dotées par lui d'une organisation officielle : caractère obligatoire du groupement (art. 1) et des versements à y effectuer (art. 6) ; circonscription fixée par décret en Conseil d'Etat (art. 9) ; conseil d'administration élu sous la direction de l'Etat dans toutes les formes des élections de conseils publics (art. 10 et suiv.) ; contentieux spécial organisé pour ces élections (art. 13) ; contrôle étroit de la gestion administrative et financière (art. 14, 15, 16) ; droit du Gouvernement de dissoudre le conseil d'administration (art. 17). Il est superflu en présence de l'ensemble de ces règles de parler de liberté corporative ; et si l'article 20 assimile dans une certaine mesure les sociétés de ce genre aux sociétés de secours mutuels, cela ne permet pas de les classer par cela seul dans le droit privé ; car ce sont des sociétés de secours mutuels obligatoires et soumises à un contrôle et à une ingérence de l'Etat que les sociétés de secours mutuels ordinaires n'ont pas à supporter (1).

(1) M. Hauriou (5e éd., p. 481, n. 3) invoque l'art. 20 pour démontrer que les caisses de ce genre ne sont point des établissements publics. Il est bon de noter ici que la doctrine allemande n'hésite pas à classer dans le droit public les groupements analogues créés par la législation d'Empire pour réaliser les assurances ouvrières contre les maladies, les accidents, l'invalidité ou la vieillesse. V. Rosin, *op. cit.*, p. 55 et suiv. Laband, *Droit public*, éd.

Au contraire, nous n'admettons pas la qualité de personnes morales de droit public pour les caisses syndicales ou patronales de retraite que les exploitants de mines peuvent être autorisés à établir en vertu de l'article 4 de la même loi. Il n'y a plus là, en effet, qu'une institution purement volontaire et privée. Le contrôle auquel elle est soumise (emploi obligatoire des fonds, vérification de l'inspection des finances et du receveur particulier) n'est qu'un contrôle extérieur qui ne change point le caractère de l'institution.

91. IV. — Il faut classer comme établissements publics les *comités d'habitation à bon marché* de la loi du 30 novembre 1894. Ils constituent évidemment des fondations administratives, puisque l'Administration les institue d'office, par décret, partout où elle le juge utile après avis du conseil général et du conseil supérieur des habitations à bon marché. Leur gestion reste d'ailleurs aussi purement officielle, puisqu'ils se composent de membres nommés en partie par le préfet, en partie par le conseil général. M. Hauriou (1) a invoqué contre cette solution le texte de l'article 2 de la loi qui paraît les assimiler aux établissements d'utilité publique, et la dévolution de leurs biens, en cas de dissolution, à des *sociétés* d'habitations à bon marché, c'est-à-dire à des sociétés ayant un incontestable caractère privé (art. 2 *in fine*). Mais l'argument de texte est sans valeur, les mots établissements d'utilité publique ne se trouvant dans l'article 2 que sous la forme d'un renvoi à l'arti-

Franç., t. IV, § 82 et suiv. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, p. 623 (§ 75-4).

(1) *Droit administr.*, 4e éd., p. 507, n. 4. M. Hauriou n'a pas maintenu ce passage dans sa cinquième édition.

cle 910, lequel, comme on le sait, applique une règle commune aux deux catégories d'établissements. Quant à la dévolution possible des biens à une société de gains, elle s'explique par cette idée que cette société poursuit à titre privé le même but que le comité dont il s'agit de distribuer les biens; elle est d'ailleurs faite non par le comité lui-même, mais par l'Etat, et n'a pour objet que de conserver au patrimoine son affectation; elle ne prouve donc rien contre le caractère public de l'établissement (1).

92. V. — Même solution pour les monts-de-piété, qui ont, en vertu de la loi du 24 juin 1851, le caractère de véritables fondations administratives. Ils sont en effet institués avec l'assentiment des conseils municipaux, par des décrets du Président de la République, et la collaboration de l'initiative privée n'y est point nécessaire. Leur organisation est toute administrative, puisque leurs conseils, présidés par le maire, sont composés de membres nommés par le préfet. Enfin ils sont soumis à toutes les règles de la comptabilité publique (décret du 31 mai 1862, art. 570), ce qui équivaut à leur assurer une gestion financière non soumise aux règles du droit privé. L'article 1 de la loi de 1851 qui leur donne la qualification d'établissements d'utilité publique n'est pas suffisant pour faire interpréter la pensée du législateur dans un sens contraire à notre opinion, car il appartient à une époque où la terminologie n'était pas fixée (2).

(1) En notre sens, Tissier, *op. cit.*, n° 166. Avril, *op. cit.*, p. 317.

(2) Comme le prouve le décret du 3 septembre 1851, art. 19, qui qualifie d'établissements d'utilité publique les chambres de com-

98. VI. — Les caisses des écoles sont encore des établissements *publics* comme l'a fort bien décidé le Conseil d'Etat dans un avis du 17 mai 1900 (1). Ce sont en effet des fondations administratives ; la caisse est créée par délibération du conseil municipal approuvée par le préfet ; elle est gérée gratuitement par le percepteur, et, depuis la loi du 28 mars 1882 (art. 17), elle

merce dont la qualité d'établissements publics (même à cette date) est incontestable.

La Cour de cassation a traité les monts-de-piété comme établissements d'utilité publique au point de vue des autorisations de plaider (Cass., 18 décembre 1866, D., 67. 1. 122). Elle a déclaré plus tard, à propos d'une question fiscale, que le mont-de-piété de Paris était un établissement public, et que, par sa destination, il constituait *en même temps* (!) un établissement d'utilité publique (3 avril 1878, D., 78. 1. 178). Le Conseil d'Etat paraît les considérer comme des établissements publics (section de l'Int. et des Finances, avis du 27 juin 1880. *Revue générale d'administration*, 1893, t. II, p. 398) et il en est de même de la Cour des comptes (arrêt du 17 décembre 1902, *Revue des établiss. de bienf.*, 1904, p. 82). Les auteurs sont divisés : en notre sens Simonnet, *Droit administr.*, n° 1531. Avril, *op. cit.*, p. 314. En sens contraire, Hauriou, 5e éd., p. 100. Tissier, *op. cit.*, n° 202. M. Hauriou invoque l'origine privée de leurs deniers, et M. Tissier le caractère privé de l'opération qu'ils ont mission d'accomplir (le prêt sur nantissement). C'est encore là le criterium tiré du but, et nous avons montré combien il était fallacieux.

Certains auteurs contestent la personnalité même du mont-de-piété de Paris et de quelques autres (v. Avril, *op. cit.*, p. 310 et suiv.).

(1) *Revue générale d'administr.*, 1901, I, 301. Trois arrêts au contentieux en date du 22 mai 1903 (D., 1904, 3. 1. conclusion de M. Romieu) ont statué dans le même sens. Mais le Conseil d'Etat a, croyons-nous, tiré de la qualité d'établissement public des conséquences exagérées quand il en a conclu que les souscripteurs n'avaient aucun droit à surveiller le fonctionnement de ces caisses. Nous reviendrons sur ce point dans notre second volume. V. Hauriou. S. 1905. 3. 33.

existe, à titre obligatoire, dans toutes les communes. Ces motifs suffisent. Le Conseil d'État les résume en disant que la caisse des écoles est un « organisme administratif ». Il insiste en outre sur ce fait que cet organisme est substitué à la commune, « dans l'accomplissement d'une mission qui, par sa nature même, incombait à celle-ci », ce qui paraît revenir au criterium tiré du but. Il est évident pourtant que le même but (récompenser les élèves assidus et secourir les élèves indigents) peut être poursuivi par une société privée. La commune n'en a point le monopole. Tout ce qu'on peut dire, c'est que l'utilité générale de ce but a paru au législateur de nature à justifier la création d'un organisme administratif propre à l'atteindre ; mais ce qui nous prouve la qualité d'établissement public, c'est l'organisation qui lui est donnée, et non le but en lui-même.

94. VII. — Au contraire, les caisses d'épargne ont depuis longtemps été classées par la jurisprudence parmi les simples établissements d'utilité publique (1), et nous croyons qu'elle a raison. Leur création paraît cependant les rapprocher des fondations administratives, car non seulement elles doivent être autorisées par décret, mais le décret ne peut être sollicité que par le conseil municipal, et, depuis 1895, il ne peut pas y avoir plusieurs caisses d'épargne dans une commune. Il n'en est pas moins vrai que, même en fait, c'est l'initia-

(1) C'est à propos des caisses d'épargne que la jurisprudence a établi la distinction (V. *infrà*, ch. IV, nos 139 et 140, et les arrêts qui y sont cités, notamment Caen, 18 mai 1854. D. 54, 2. 264. Cass. 5 mars et 8 juillet 1856. D. 56. 1. 121 et 278).



tive privée qui d'ordinaire donne le branle, ce sont les fondateurs qui rédigent les statuts, sans être astreints à à l'uniformité, et qui les proposent à l'approbation ; en général les administrateurs ne sont pas nommés par l'autorité administrative et ne peuvent être révoqués par elle. Ce sont là des traits caractéristiques de l'entreprise privée. Le contrôle étroit auquel est soumise la gestion financière ne suffit pas pour infirmer cette conclusion.

95. VIII. — La nature juridique des ordres d'avocats donne lieu aux plus grandes incertitudes (1). Un certain nombre d'auteurs sont disposés, en se plaçant au point de vue du droit strict et au moins pour quelques-uns d'entre eux, à nier leur personnalité juridique (2). Mais la jurisprudence, soit administrative, soit judiciaire, a admis pratiquement cette personnalité à bien des reprises diverses, sans distinguer entre les divers bar-

(1) Les difficultés qui concernent leur classification à titre de personnes morales ont été examinées avec beaucoup de soin par M. Avril. *La personnalité morale de l'ordre des avocats* (dans *Annales de l'Université de Grenoble*, 1902, t. XIV, p. 347 et 617).

(2) M. Tissier (*Traité des dons et legs*, nº 203) n'accorde de personnalité qu'à ceux qui, en vertu du décret du 3 octobre 1811, ont la faculté de percevoir un droit sur chaque prestation de serment : « On peut, dit-il, *à la rigueur*, se fonder sur la disposition dudit décret... pour soutenir que les ordres d'avocats auxquels elles sont applicables sont des personnes morales ». Mais il hésite à admettre que cette personnalité aille jusqu'à leur permettre de recevoir des libéralités, et il nie entièrement la personnalité de ceux à qui ce décret n'a pas été étendu. M. Avril (*op. cit.*, p. 651) paraît conclure que la personnalité de l'ordre des avocats est l'œuvre d'une jurisprudence bienveillante bien plus que de la loi. Aubry et Rau niaient la personnalité dans leur 3e éd. (§ 54, n. 17) ; mais ils l'admettent dans la 4e (§ 54, n. 14).

reaux (1), et la plupart des auteurs font de même (2). Nous serions disposé à l'admettre en disant qu'elle résulte implicitement de l'organisation corporative donnée aux ordres, et de l'interprétation donnée, dès le début, par les pouvoirs publics, aux textes qui établissent cette organisation (3). Mais. ce point acquis, la classification de la personne morale ainsi reconnue reste difficile. Les uns y voient un établissement public, les autres un établissement d'utilité publique, d'autres enfin une personne morale n'appartenant à aucune des catégories précédentes (4). Nous croyons qu'il faut y voir une personne morale de droit public (ou si l'on veut adopter la terminologie la plus usuelle,

(1) Les ordres d'avocats ont été très souvent autorisés à recevoir des dons et legs (v. les nombreux exemples cités par M. Avril, *op. cit.*, p. 632), et ces autorisations se sont parfois appliquées à des barreaux auxquels ne s'appliquait pas le décret du 3 octobre 1811 (v. le projet de décret du 28 décembre 1893, en faveur de l'ordre des avocats de Tours. cité par Tissier, *op.* et *loc. cit.*). D'autre part, diverses décisions judiciaires ont admis les ordres d'avocats à ester en justice par leurs bâtonniers (Chambéry, 20 juillet 1872, S. 74. 2. 89. Trib. de Bourges, 15 décembre 1887. *Pandectes françaises*, 88. 2. 175).

(2) V. les nombreux auteurs cités par M. Avril, *op. cit.*, p. 623, n. 3.

(3) Nous reviendrons sur ces idées à propos de la création des personnes morales.

(4) Etablissement public : Béquet, v° avocat, p. 30.

Etablissement d'utilité publique : Cresson, *Profession d'avocat*, t. II, p. 221. Avril, *op. cit.*, p. 648.

Personne morale *sui generis* : Beudant, *Revue pratique*, 1881, t. II, p. 4030. On peut rattacher à cette dernière opinion Bouchené-Lefer, *Principes et notions élémentaires du droit public et administr.*, p. 27 et 28. M. Tissier déclare (*op.* et *loc. cit.*) que s'il en reconnaissait la personnalité morale, il classerait les ordres d'avocats parmi les établissements d'utilité publique.

un établissement public *lato sensu*). Il est inexact en effet de considérer les ordres d'avocats, ainsi que le font les partisans du caractère privé, comme chargés uniquement de gérer les intérêts particuliers de leurs membres. Cela serait vrai s'ils n'avaient que des attributions d'ordre patrimonial; mais précisément ces attributions, loin d'être les seules, sont de beaucoup les moins importantes, et nous avons vu qu'on en conteste même l'existence. Un ordre d'avocats est avant tout une corporation associée à un service public, celui de la justice. Il a son origine dans des actes d'Etat. Il a sur ses membres une juridiction disciplinaire qui appartient incontestablement au domaine du droit public. Il a d'ailleurs un monopole, c'est-à-dire un droit de puissance publique. La corporation qui a ces droits est bien la même que celle qui peut percevoir des cotisations ou accepter des dons et legs ; et l'habitude prise de n'envisager les personnes morales que par leur côté patrimonial peut seule expliquer que beaucoup d'auteurs aient cédé au *désir* de les considérer comme des personnes de droit privé. Ce désir, qui a exercé sur la question une grande influence, provenait de la crainte que la classification parmi les personnes morales publiques n'entraînât quelque danger pour l'indépendance de la profession d'avocat. Mais on peut admettre que l'ordre est une personne morale publique sans lui appliquer pour cela l'ensemble des règles restrictives qui s'appliquent aux établissements publics *stricto sensu*. A la différence de ces derniers, en effet, il n'est pas une personne morale publique englobée dans les services *administratifs* ; il est placé, par la loi de son institution, sous le contrôle, non de l'autorité administrative, mais de l'autorité judi-

ciaire. Cela suffit à écarter les dispositions qui imposent aux établissements publics ordinaires une autorisation administrative à obtenir (par exemple pour ester en justice) (1) ou un contrôle financier provenant de l'Administration. Il ne sera soumis qu'aux contrôles légaux qui résulteront des lois spéciales qui lui sont applicables.

Nous admettons une classification analogue pour les diverses corporations d'officiers ministériels : chambres d'avoués, de notaires, etc. (2).

III

96. Après avoir étudié les deux distinctions les plus célèbres, nous sommes arrivés à ce résultat que la classification la plus importante à retenir était la classification en personnes morales de droit public et personnes morales de droit privé, et nous avons essayé de préciser le critérium de cette classification. Il nous reste maintenant à indiquer quelles seront dans chacune des deux branches les distinctions qui présentent une importance réelle.

I. — Parmi les personnes morales de droit public, la classification nous paraît devoir être établie comme il suit : *Etat*, *communautés territoriales* (départements,

(1) Il faut toutefois appliquer l'article 910, qui s'étend à toutes les personnes morales publiques (en outre aux établissements d'utilité publique), parce que son but principal (celui d'empêcher l'accroissement de la mainmorte) est d'un caractère beaucoup plus général que le but des art. 1032, Proc., ou 2045, Cod. civ.

(2) V. pour les Chambres d'avoués, *Pand. franç. Rép.*, v° Avoués, n° 1494.



communes, provinces, etc.), *établissements publics*. — Que l'Etat doive occuper dans cette classification une place à part, c'est ce qu'il n'y a pas lieu d'établir longuement. Mais il est plus difficile d'établir le critérium qui permet de le distinguer des autres communautés territoriales. L'Etat n'est, en effet, que la plus haute de ces communautés. Celles-ci se distinguent de toutes les autres personnes morales en deux points : 1° Elles ont un double substratum, l'un personnel, l'autre réel. Elles se composent d'une *population* fixée sur un *territoire* déterminé, et ces deux éléments leur sont aussi essentiels l'un que l'autre ; 2° Elles ont pour mission de gérer l'*ensemble des intérêts collectifs de la population* fixée sur ce territoire, et leur mission à ce point de vue n'est limitée que par les droits des communautés territoriales supérieures dont elles peuvent elles-mêmes faire partie, et les droits des communautés territoriales inférieures ou autres personnes morales de droit public, qui sont reconnues sur leur territoire en vertu de l'ordre juridique existant. Ces diverses communautés territoriales se sont pour la plupart formées historiquement d'une manière toute spontanée, et ce n'est que peu à peu que l'Etat s'est nettement distingué des autres communautés de même espèce. Aujourd'hui encore la distinction ne va pas sans difficulté.

97. Beaucoup d'auteurs trouvent le critérium dans l'idée de souveraineté, en entendant le mot souveraineté dans son sens traditionnel, comme exprimant le fait de n'être soumis à aucune puissance humaine supérieure (1). Cette théorie, qui diminue singulièrement

(1) C'est l'idée classique qui remonte à Bodin et qui a été accep-

le nombre des communautés territoriales auxquelles la qualité d'Etat doit être reconnue, est celle de l'Etat unitaire, jaloux de sa toute-puissance, n'admettant dans son sein l'existence d'aucune communauté politique ayant des droits de puissance publique indépendants des siens. Au point de vue du droit interne, en effet, nous verrons que les communautés territoriales auxquelles la qualité d'Etat n'est pas reconnue, ne peuvent se prévaloir, vis-à-vis de l'Etat auquel elles appartiennent, d'aucun droit intangible dans le domaine du droit public (1). C'est l'Etat qui règle à son gré la part de puissance publique dont il leur abandonne l'exercice. La doctrine en question est donc une doctrine d'absolutisme, et comme nous avons cherché à le montrer ailleurs (2), elle a son origine dans une situation politique déterminée, celle de la tendance centralisatrice qui a caractérisé presque tous

tée, au moins en ce qui concerne la définition de la souveraineté par la plupart des auteurs des XVIIe et XVIIIe siècles. P. ex. Loyseau, *Traité des seigneuries*, ch. II, n° 4 et s. — V. pour son histoire: Michoud et Lapradelle, *La question finlandaise* dans *Revue du droit public*, t. XV, 1901, p. 38 et s. ; Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, § 10 et s. Polier et de Marans, *Esquisse d'une théorie des Etats composés* (*Bulletin de l'Université de Toulouse*, 1902, p. 15 et s.). — Parmi les auteurs modernes, le critérium de la souveraineté, entendue au sens indiqué ici, est souvent admis : Pradier-Fodéré, *Droit intern.*, § I, 87. Piédelièvre, *Droit intern.*, p. 66-67. Despagnet, *Droit international public*, 3e éd., nos 79 et s. Bornhak. *Allgem. Staatslehre*, p. 10, Zorn, *Das Staatsrechtdes deutschen Reiches.*, § 4. Gierke, *Zeitschrift für die gesammte Staat swissenschaft*, 1874, t. XXX, p. 304. Seydel, même revue, 1873, t. XVIII, p. 188-189. Hœnel, *Staatsrecht*, p. 113.

(1) V. *infrà*, n° 118.

(2) Dans notre article précité, publié en collaboration avec M. de Lapradelle sur la *Question finlandaise*, p. 41-42.

les grands Etats modernes au moment où ils ont achevé de s'unifier. « L'influence qu'elle peut avoir sur la marche de l'humanité, avons-nous dit, ne peut conduire qu'à sacrifier les petits aux grands et les faibles aux forts. Elle aboutit à ce résultat que, dès dès qu'un pays aura été obligé par suite de sa faiblesse relative, à se soumettre d'une manière permanente sur certains points déterminés, à un voisin puissant, il devra être considéré en droit comme entièrement asservi ; qu'il ne pourra conserver aucune parcelle de son indépendance s'il ne la conserve pas tout entière..... On arriverait ainsi peu à peu, si on n'y prenait garde, à rayer de la liste des Etats toutes les puissances de second ordre : car, depuis les pays protégés jusqu'aux pays neutralisés ou à ceux qui se sont vus imposer une servitude internationale, il en est peu à qui on puisse reconnaître la souveraineté absolue et entière, que la théorie exige ». Cette théorie a d'ailleurs une extrême difficulté à expliquer la théorie de l'Etat fédéral (1), car elle aboutit à dénier la qualité d'Etat soit à l'Etat composé, soit aux Etats composants, et aucune de ces deux solutions ne concorde avec le sentiment juridique général, ni avec l'usage de la langue.

Nous approuvons donc entièrement les tentatives qui ont été faites pour chercher le critérium juridique qui distingue l'Etat des autres communautés territoriales ailleurs que dans la notion de souveraineté. Sans passer en revue ici les diverses opinions émises à ce sujet (2), nous ferons remarquer seulement que toutes partent

(1) V. dans l'article précité les explications données p. 44-45.
(2) V. encore l'article précité, p. 45 et s.

nécessairement de l'idée que l'Etat est caractérisé, non par la souveraineté-indépendance, qualité toute négative et par là-même indivisible, mais par un ensemble de prérogatives *positives*, dont l'indépendance n'est que la manifestation et la garantie extérieure. L'Etat exerce des droits de puissance publique qui ont pour objet de lui permettre de veiller aux intérêts collectifs et permanents de la population établie sur son territoire. S'il exerce tous ces droits librement, il est un Etat souverain. Mais alors même qu'il est limité, à l'égard de quelques-uns d'entre eux par une puissance étrangère ou supérieure, il n'en résulte pas qu'il perde la qualité d'Etat. Il ne la perd, pour être ramené au rang de province, département, ou autre communauté territoriale, que lorsque les droits de puissance publique exercés par lui peuvent être considérés comme délégués par la puissance étrangère ou supérieure dont il dépend; et cela se reconnaîtra à ce signe que cette puissance a un droit reconnu à les modifier ou à les restreindre. Le pouvoir de cette dernière est dans ce cas *juridiquement illimité*, et les communautés soumises à ce pouvoir ne peuvent plus prétendre au titre d'Etats. Le critérium de la distinction est donc à nos yeux le suivant : le pouvoir qui domine l'Etat non souverain est juridiquement limité, il ne peut détruire entièrement les droits de puissance publique qui appartiennent à cet Etat que par la force brutale. Au contraire le pouvoir qui domine la commune ou la province peut, sans violer le droit, diminuer ou même supprimer les droits de puissance qui appartiennent à ces personnes (1). Elles sont en

(1) Cpr. pour ces idées que nous ne voulons pas ici développer ni discuter l'article précité, p. 47 et s. Le critérium que nous adop-



effet, dans l'exercice de ces droits de puissance les déléguées de l'Etat ; et si la législation positive peut garantir par des moyens juridiques les droits de puissance publique dont elle leur attribue l'exercice, elle ne se lie cependant pas vis-à-vis d'elles, et l'Etat peut leur reprendre la compétence qu'il leur avait accordée. Ce sera du reste uniquement par l'examen particulier des faits que l'on pourra ranger telle ou telle communauté territoriale dans un groupe plutôt que dans un autre ; et il ne rentre pas dans notre plan d'étudier l'application de ces idées (1).

98. II. — En dehors des Etats, se divisant en *souverains*, et *non souverains*, les personnes morales de droit public comprennent les *communautés territoriales* et les *établissements publics*. Les premières (communes, départements, provinces, etc.), se caractérisent par ce fait qu'elles comprennent comme l'Etat lui-même, toute la population groupée sur un territoire déterminé, et

tons est celui qui a été indiqué par Georg. Meyer, *Deutsches Staatsrecht*, § 1, note 17, 5e éd. C'est aussi au fond celui de M. Duguit quand il dit : « Il y a fédéralisme lorsqu'il y a obligation juridique pour les gouvernants de respecter la décentralisation ». (*L'État, les gouvernants et les agents,* p. 758).

(1) V. notamment pour l'application l'exposé de Jellinek dans *Allg. Staatslehre,* p. 585 à 605. L'idée d'un type intermédiaire entre l'Etat et la communauté territoriale décentralisée, type auquel Jellinek donne le nom de *Land* ou *Staatsfragment,* et dans lequel on trouve seulement certains éléments de l'Etat, mais non tous, nous paraît compliquer inutilement la classification. Sans doute, là comme partout les types extrêmes de chacun des deux groupes se touchent ; certains Etats sont bien près de n'être que des provinces (telles par exemple la Finlande que nous croyons être un Etat), certaines provinces bien près d'être des Etats (tels les Länder autrichiens). Mais il appartient au droit de tirer des lignes de démarcation à travers les phénomènes complexes de la vie.

représentent les intérêts collectifs de toute cette population. Il en résulte tout d'abord que la qualité de membre de ces collectivités dépend, comme pour l'Etat, de la résidence sur un certain territoire. Il en résulte ensuite que, dans l'intérêt de la collectivité ainsi représentée, ces communautés ont des droits de puissance publique même sur des individus étrangers, lorsqu'ils se trouvent temporairement sur leur territoire. Le territoire est ainsi tout à la fois une limite à leur action et un caractère qui sert à déterminer la qualité de membre de ces communautés. Par là ces personnes morales sont semblables à l'Etat. Elles se rapprochent encore de lui par la généralité de leur mission ; elles sont chargées, en effet, de représenter l'*ensemble* des intérêts collectifs de la population établie sur le territoire, en tant que ces intérêts collectifs ne sont pas déjà représentés par une collectivité plus haute. Les développements sur ce point seront donnés plus loin (1).

Au contraire les *établissements publics*, qui forment dans notre droit une catégorie bien déterminée, ne sont pas nécessairement liés à un territoire et ne sont chargés que de fonctions de droit public d'ordre *spécial :* assistance, enseignement, etc. L'établissement public se présente d'ordinaire sous la forme d'une *fondation* provenant de l'Etat, du département ou de la commune. Mais il peut aussi prendre la forme d'une association, comme c'est le cas pour les associations syndicales autorisées. Il n'y a pas là, comme nous l'avons vu, de différence essentielle, la distinction en corporation et fondation n'ayant de véritable valeur qu'en droit privé.

(1) Au tome II de cet ouvrage dans le chapitre relatif aux droits des personnes morales.

IV

99. Parmi les personnes morales de droit privé, la distinction fondamentale est précisément cette distinction des *associations* et des *fondations*, que nous avons mise en lumière plus haut, et sur laquelle il n'y a pas lieu de revenir ici.

Mais à l'intérieur même de l'un de ces deux groupes, celui des associations, il y a une classification à établir.

I. Il faut en effet distinguer nettement les associations *ayant un but intéressé*, et les *associations ayant un but désintéressé*. Il faut les distinguer d'abord parce que même dans les relations entre les associés, elles ne peuvent être soumises à un régime identique, et que nécessairement l'organisation des premières comportera pour les associés *des droits sur le patrimoine social* qui seront inconnus dans les associations à but idéal, ou qui n'y apparaîtront que subsidiairement quand la poursuite du but idéal sera devenue impossible. Il faut les distinguer aussi parce que la *politique* de l'Etat vis-à-vis des premières ne doit pas être la même que vis-à-vis des secondes, et en fait n'a jamais été la même. Vis-à-vis des associations à but de gain l'Etat n'a jamais eu de méfiance ; il ne craint pas qu'elles accumulent outre mesure leurs richesses, car ces richesses sont destinées, non à se perpétuer comme biens de mainmorte, mais à se fondre périodiquement ou incessamment dans les patrimoines privés. Les seules précautions à prendre contre elles sont celles qui sont exigés par l'intérêt des associés eux-mêmes ou par l'intérêt des tiers, — exposés l'un et l'autre à être compromis par la trop grande habileté des

lanceurs d'affaires. — C'est par là que s'expliquent toutes les mesures prises en fait dans les diverses législations pour le règlement des sociétés de gain : mesures de publicité, dispositions sur l'obligation des associés aux dettes, sur le fractionnement du patrimoine social, etc., parfois autorisation de l'Etat. Pour les associations à tendance idéale, au contraire, il y a quelque chose de plus : l'Etat a toujours cru nécessaire de les soumettre à une certaine surveillance par crainte de l'accumulation des biens de mainmorte, et de la trop grande influence qu'elles pourraient acquérir sur l'esprit public. Notre législation, comme on le sait, a beaucoup exagéré ces méfiances, mais elles se retrouvent dans la plupart des législations étrangères. Presque partout, la distinction fondamentale que nous trouvons, parmi les corporations, est celle qui consiste à mettre à part les corporations à but idéal ou corporations désintéressées (1).

100. Notre loi n'a cependant pas tout à fait procédé de cette manière. Notre distinction classique est celle des *sociétés* et des *associations ;* cette distinction corres-

(1) C'est notamment le système du Code civil allemand et du Code suisse projeté. Le premier réglemente séparément, art. 21 et s., l'association *qui n'a pas pour but une entreprise de caractère économique*, c'est-à-dire, suivant l'opinion qui paraît devoir l'emporter, l'association qui n'a pas pour but de procurer *à ses membres* des avantages d'ordre pécuniaire ou économique, ou, en d'autres termes, les associations ayant un but désintéressé (V. Saleilles, *Les personnes jurid. dans le C. civil allemand* sur l'art. 21, *in fine*). Quant au projet de Code civil suisse, ce qu'il réglemente séparément, art. 70 et s., ce sont les « sociétés politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréations ou autres semblables, qui ne poursuivent ni directement ni indirectement un but économique. »

pond bien à peu près à celle que nous venons d'indiquer, mais à peu près seulement ; et elle présente en outre des incertitudes sur lesquelles quelques mots sont nécessaires.

Dans l'association comme dans la société, deux ou plusieurs personnes se réunissent *pour mettre quelque chose en commun ;* dans l'une et l'autre aussi, le groupement a un objet *autre que cette mise en commun ;* elle a un *but actif*, ce qui les distingue de la simple communauté ou indivision (1). D'après l'article 1832 du Code civil, le trait caractéristique de la *société* se trouve dans le fait qu'elle a pour but un *partage de bénéfices ;* et l'opinion générale (2) entend ces mots dans le sens de *distribution de dividendes* ou *bénéfices pécuniaires*. On ne considère donc pas comme sociétés les groupements qui ont un but d'*intérêt patrimonial*, sans qu'il y ait cependant à prévoir entre leurs membres une distribution de bénéfices pécuniaires ; et on exclut en conséquence du régime des sociétés : les associations faites entre plusieurs personnes en vue d'effectuer certains travaux d'entretien ou d'amélioration de leurs immeubles à frais communs (p. ex. l'association formée en vue d'élever un mur mitoyen, ou les associations libres de propriétaires en vue de l'irrigation ou du drainage) ; les associations formées en vue de défendre des intérêts communs menacés (p. ex. le contrat formé entre porteurs d'obligations d'une même société pour défendre leurs intérêts, ou, dans un autre ordre d'idées, le syndicat profession-

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité de droit civil. Société, prêt, dépôt*, n° 9.

(2) Opinion combattue cependant par quelques auteurs, notamment par M. Planiol, *Traité de droit civil*, t. II, n° 1990 (1re éd.).

nel et le *trust* formé entre producteurs dans le but d'empêcher l'avilissement des prix); les associations formées dans un but de prévoyance pour leurs membres (p. ex. les sociétés de secours mutuels, les sociétés d'assurance mutuelle); les associations dans lesquelles la mise en commun a simplement pour objet la dévolution aux survivants de la part des prémourants (les tontines), etc. (1).

Il semble résulter de cette définition étroite de la *société* (civile ou commerciale) que tous les groupements qui viennent d'être énumérés rentrent, malgré le but intéressé qu'ils poursuivent, dans la catégorie *associations*, et qu'en conséquence, ils tombaient tous, avant la loi de 1901, sous le coup de l'article 291 du Code pénal, qui établissait une pénalité contre toute association de plus de vingt personnes, non autorisée par le Gouvernement, dont le but serait de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objets religieux, politiques, littéraires *ou autres*. Il n'y aurait eu d'exception à faire que pour celles qui exceptionnellement avaient été prévues et régularisées par des lois spéciales : associations syndicales de propriétaires, sociétés de secours mutuels, sociétés en vue de l'enseignement supérieur, syndicats professionnels (2) : ou encore pour les associations n'ayant pas pour but de se réunir à certains jours, et par là échappant aux termes de l'art. 291.

(1) V. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit comm.*, t. II, n° 34 et s.

(2) Les assurances mutuelles et les tontines étaient également prévues par une loi spéciale, mais cette loi les laissait soumises à l'autorisation du gouvernement (loi du 27 juillet 1867, art. 66).



Il ne semble pas cependant qu'avant 1901 la jurisprudence ait jamais appliqué sérieusement ce principe. Notamment, elle avait considéré comme valables, dès avant la loi du 21 juin 1865, et sans les qualifier pour cela de sociétés, les associations syndicales libres de propriétaires (1); elle avait pris la même situation vis-à-vis des associations d'obligataires pour la défense de leurs intérêts communs (2); vis-à-vis des caisses de secours établies entre ouvriers d'une même entreprise industrielle (3); vis-à-vis des associations ayant pour objet de faire des travaux pour protéger les propriétés (4); et de quelques autres associations analogues. Elle n'a pourtant pas appliqué cette jurisprudence bienveillante aux syndicats professionnels antérieurs à la loi de 1888; elle les a considérés comme tombant sous le coup de l'article 291 du Code pénal (5); et, si elle a sous-

(1) V. Cass. 6 juillet 1864. D., 64. 1. 424. Aucoc, *Conférences*, t. II, n° 872. L'exposé des motifs de la loi de 1865 (D., 65. 4. 77) les qualifie de *sociétés civiles*. Mais la plupart au moins des arrêts qui les concernent (nous ne pouvons affirmer qu'il n'y a à cela nulle exception) ne leur donnent pas ce titre. V. l'arrêt du 6 juillet 1864 ci-dessus cité, et l'arrêt du 26 mai 1841. S., 41. 1. 483. Les auteurs les ont souvent considérés comme sociétés civiles (Dall.-*Rép.*, v° *Travaux publics*, n° 1026 et s. Christophle et Auger, *Tr. publics*, n° 210).

(2) Cass. 26 mars 1878. D., 78. 1. 303; 3 décembre 1889, D., 90 1. 105. Ces derniers arrêts expriment que le contrat fait entre les obligataires est valable « sans avoir à rechercher si cette association présente tous les caractères d'une société civile proprement dite ».

(3) Cass. 18 juin 1872. D., 72. 1. 172.

(4) Cass. 27 juillet 1880. D., 81. 1. 165. Sans doute dans quelques-uns des cas cités ci-dessus. la validité peut s'expliquer par le fait qu'il s'agit d'associations où on ne se réunit pas, mais non dans tous.

(5) Cour de Lyon, 28 mai 1874. D. 75. 2. 65 (Cercle des ouvriers

trait aux rigueurs de cet article les sociétés de secours mutuels libres, c'est en s'appuyant sur une loi spéciale, celle du 15 juillet 1850 (1). D'autre part, elle a hésité sur la nature des sociétés d'assurances mutuelles, et tantôt leur a appliqué, tantôt leur a refusé le titre de sociétés (2). Il y avait donc en somme dans ses tendances une certaine incertitude. Quant à la doctrine, elle admettait généralement que les associations de ce genre ne présentaient pas le caractère de sociétés; mais d'autre part, elle ne les considérait pas comme tombant sous le coup de l'article 291 (3).

L'intérêt pratique de la question est moindre assurément depuis que la loi de 1901 a supprimé ce dernier texte. Il est cependant très important encore, notamment au point de vue de la question de personnalité morale, de savoir si les groupements, dont nous parlons sont, au cas où aucune loi spéciale ne les régit, soumis aux règles de la société civile, ou aux règles de l'association de la loi de 1901, ou s'ils ne rentrent dans aucune de ces deux catégories. L'article 1 de la loi nouvelle définit l'association : « La convention par laquelle

sur métaux). On sait d'ailleurs qu'en fait, bien longtemps avant la loi de 1884, l'Administration faisait bénéficier les syndicats professionnels d'une large tolérance de fait. V. Pic, *Législ. indust.*, 2e édit., nos 344 et s.

(1) Cour de Paris, 7 décembre 1882. D., 83. 2. 55.

(2) Dans le premier sens, Cass. 28 février 1886. D., 87. 1. 311. Dans le second, Paris 25 mars 1873. D., 75. 2. 17. Pour les sociétés de chasse, la jurisprudence les considérait comme des sociétés civiles. Cass. 18 novembre 1865. D., 66. 1. 455.

(3) V. Lyon-Caen et Renault, t. II, no 34. Thaller, 1re éd., no 153. Baudry-Lacantinerie et Wahl, no 558. Garraud, *Droit pénal*, t. IV, no 1511.



deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité *dans un but autre que de partager des bénéfices* ». En rapprochant cette définition de l'article 1832, il semble bien, au moins à première vue, qu'elle en est exactement la contre-partie, et que tous les groupements volontaires doivent désormais se diviser, *uniquement d'après leur but*, en *sociétés*, ayant pour but un partage de bénéfices, et *associations*, ayant un but autre que le partage de bénéfices. La loi nouvelle aurait donc implicitement tranché les doutes anciens en classant parmi les *associations* au moins la plupart des groupements énumérés ci-dessus, et elle pouvait le faire d'autant plus aisément que, faisant aux associations un régime relativement libéral, sa classification n'avait plus pour les groupements de cette sorte, les inconvénients qu'elle aurait entraînés sous l'empire de l'article 291. Cette classification laisserait du reste la porte ouverte à des divergences sur le sens qu'il faut donner au mot *partage de bénéfices*, et permettrait encore de soutenir, avec M. Planiol, que ce mot n'a pas le sens étroit qu'on lui donne d'habitude, et qu'en conséquence quelques-uns des groupements dont il s'agit sont de véritables sociétés. Mais du moins on aurait supprimé ce groupe hybride, pour lequel aucune règle ne serait formulée, et dont la situation ne peut en somme se régler qu'en puisant ou dans les textes sur les associations, ou dans les textes sur les sociétés ; il est plus franc et plus simple d'y puiser directement que de commencer par déclarer que ces textes sont inapplicables, pour arriver ensuite à les appliquer par analogie.

Telle n'est pas cependant l'interprétation qui a été

admise par les premiers commentateurs de la loi de 1901 (1). Ils insistent sur cette circonstance qu'entre l'article 1832 et l'article 1 de la loi de 1901, il y a une autre différence que celle du but; dans l'article 1832, on met *quelque chose en commun*, et ce *quelque chose* désigne nécessairement *des biens* (2) ; dans la loi de 1901, les associés mettent en commun *non* des biens, mais *uniquement leurs connaissances et leur activité*, et le texte a été accentué en ce sens par le rejet de l'amendement Lemire (31 janvier 1901), lequel demandait qu'on ajoutât à ces deux mots les mots « *ou leurs ressources* » Pour qu'un contrat rentre dans les prévisions de la loi de 1901, il faut donc que la mise en commun porte uniquement sur les connaissances et l'activité, non sur les biens; les groupements comportant mise en commun des biens constituent, ou des sociétés, ou s'ils ne peuvent rentrer dans le cadre sociétés, des contrats innommés. On est bien cependant obligé d'ajouter que les associations peuvent, elles aussi, comporter la mise en commun de certains biens, puisque l'article 6 permet expressément aux associations déclarées de posséder et d'administrer certaines ressources; mais ce droit de posséder n'est accordé aux associations que d'une façon limitée et exceptionnelle ; il n'est jamais chez elles que l'accessoire ; sinon il n'y a plus association.

(1) Trouillot et Chapsal, p. 36-39. — *Pandectes françaises*, v. *Association* (Append. du mot Société), n° 72 et s.

(2) V. Trouillot et Chapsal, p. 36 : « Pour la formation de ce dernier contrat chaque partie doit nécessairement fournir un apport, qui est fait aux dépens du patrimoine de l'associé, et passe de ce patrimoine dans celui de la société. » — Déjà par ce côté, l'opposition établie entre les deux termes boite, car la loi admet l'apport en industrie.



101. Le système nous paraît peu admissible pour plusieurs motifs : 1° Il laisse subsister entre l'*association* et la *société* un terrain vague dont la condition juridique devient fort incertaine. La doctrine presque tout entière avait avant 1901, combattu la théorie de M. de Vareilles-Sommières qui avait admis la validité *du contrat d'association,* bien qu'il ne fût pas prévu par nos lois, et déclaré qu'on devait y voir un contrat innommé, régi par les règles du contrat nommé le plus voisin, la société. On avait répondu que les lois, en réglementant la société seule, avaient implicitement condamné l'association à n'être pas un contrat valable, et que celle-ci ne pouvait plus être autre chose, quant aux biens, qu'une *convention d'indivision,* soumise à la règle de l'article 815 du Code civil. Il en résulterait qu'aujourd'hui les groupements ne rentrant ni dans le cadre *sociétés*, ni dans le cadre *associations*, devraient encore être considérés comme n'étant que de simples conventions d'indivision ; et cela ne répond nullement aux besoins de la pratique ; 2° Le criétrium qui distinguerait des associations ces groupements amphibies manquerait de netteté. Les uns et les autres peuvent comporter la mise en commun de certains biens ; dans quel cas faudrait-il considérer cette mise en commun comme chose accessoire ? Ce serait une question bien délicate à résoudre, et on arriverait par là à des résultats contraires aux idées généralement reçues : les sociétés de secours mutuels par exemple, que l'opinion commune range dans la catégorie *associations*, ne seraient-elles pas par là rejetées dans le terrain vague ? Leur objet *principal* est bien de mettre en commnn certains biens pour parer à certains événement futurs ; 3° On peut même dire plus : la mise

en commun des biens nécessaires au but de l'association n'est *jamais* une partie accessoire du contrat ; le contrat ne se comprendrait pas sans elle, puisqu'on ne peut concevoir la poursuite en commun d'un but sans la mise en commun des moyens matériels nécessaires. Seulement ces moyens pourront se réduire à peu de chose ou devront être considérables suivant le but qu'on poursuit ; ils devront lui être proportionnés. C'est donc *dans le but seulement* que l'on peut trouver la base d'un critérium rationnel ; et c'est seulement *en fait* que les *sociétés* auront d'ordinaire des biens plus considérables que les *associations*, uniquement parce que leur but en exige davantage ; 4° Le rejet de l'amendement Lemire ne peut fournir un argument sérieux : car il n'a pas eu pour cause une opinion quelconque sur cette question de classification : le rapporteur l'a combattu en remarquant seulement qu'il était inutile si l'on voulait simplement donner à l'association le droit de posséder des cotisations, ce droit lui étant reconnu par l'article 6 (1) ; et qu'il était dangereux si on pouvait en conclure à un droit de posséder plus étendu.

Nous croyons donc qu'il est préférable de s'en tenir à la simple division bipartite : *société* quand il y a partage de bénéfices ; *association* dans le cas contraire.

Nous sommes du reste très disposés à croire, avec M. Planiol que, dans l'interprétation de ces mots *partage de bénéfices* on a adopté en pratique un point de vue trop étroit, et qu'on pourrait comprendre parmi les

(1) L'amendement avait bien cependant sa raison d'être ; car son rejet rend incomplète la définition légale de l'art. 1er, mais sans qu'il puisse d'ailleurs en résulter un doute quelconque sur le droit de posséder des associations.



sociétés tout groupement dont les associés attendent en commun un *profit patrimonial*, quel qu'il soit. Cela ne nous paraîtrait pas contraire aux termes de l'article 1832 et de l'article 1 de la loi de 1901, interprétés par la tradition; et cela aurait l'avantage de rendre la distinction plus rationnelle. S'il y a en effet une différence de situation qui doive entraîner des différences importantes dans le traitement juridique à appliquer aux divers groupements, c'est celle qui résulte des *avantages pécuniaires* ou *patrimoniaux* que les associés se proposent de retirer *pour eux-mêmes* de leur réunion ; peu importe d'ailleurs, au point de vue rationnel, que ces avantages résultent de bénéfices à distribuer, ou se produisent de toute autre manière, par exemple sous forme d'économies à réaliser. Dans les deux cas on n'a mis quelque chose en commun que pour grossir son patrimoine ou, (ce qui revient au même), l'empêcher de diminuer. Les biens ne sont pas soustraits à la circulation comme dans les associations à tendance idéale ou même dans les associations de pur agrément; d'une façon ou d'une autre ils sont destinés dès le début, dans la pensée même des associés, à ne sortir de leur patrimoine (si vraiment ils en sortent) que pour y rentrer sous une forme ou sous une autre; il est impossible de parler sérieusement de mainmorte. En somme, si l'on donnait au mot *société* son sens élargi, dans lequel on ferait rentrer tout groupement dans lequel les associés recherchent un profit patrimonial, on introduirait dans notre droit la distinction rationnelle généralement admise à l'étranger et ce serait là un réel progrès.

102. Toutefois, même avec ce système, il reste quelque incertitude sur la situation des associations qui,

sans rechercher l'intérêt patrimonial de leurs membres, poursuivent cependant simplement un but égoïste, et n'ont aucunement en vue l'intérêt général, notamment les cercles et les associations de pur agrément. Elles se rapprochent des associations à but idéal par le fait que l'intérêt pécuniaire n'y est aucunement recherché ; mais d'autre part, elles ont cela de commun avec les associations à but patrimonial qu'elles recherchent l'intérêt exclusif de leurs membres. Nous croyons, étant donnée la prédominance de l'intérêt pécuniaire dans les sociétés, qu'elles doivent en général être assimilées aux associations à but idéal ; mais certaines règles des sociétés pourront leur être appliquées, notamment les règles sur le partage des biens en cas de dissolution.

103. II. — Dans la discussion de la loi de 1901, la Chambre des députés avait adopté un amendement faisant entrer dans une catégorie à part les associations *à but religieux*, alors même qu'elles ne constituaient pas des congrégations (1). Cette idée a été, à très juste titre, écartée ; mais elle avait été introduite, peu d'années auparavant dans la loi fiscale. Les lois du 28 décembre 1880, article 3 et 4, du 29 décembre 1884, article 9, et du 16 avril 1895, article 3, soumettent à la taxe d'accroissement et à l'impôt sur le revenu toutes les *congrégations*, *communautés* et *associations religieuses*. On a soutenu que par là il fallait entendre seulement les « sociétés quelconques dissimulant des congréga-

(1) Sous-amendement Fournière voté à la séance du 4 février 1901, ajoutant à l'amendement Groussier (qui est devenu le texte de l'art. 2 de la loi) les mots : « autres que les associations religieuses. » Ces mots ont été supprimés au Sénat.



tions » (1). Mais la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire, et a appliqué les taxes à toutes les associations *ayant un but religieux*, à condition toutefois que ce but soit prédominant et non pas simplement accidentel. Elle a en conséquence déclaré soumises à ces taxes des sociétés tontinières formées entre pasteurs et autres personnes appartenant à l'une des églises protestantes, sociétés dont le but était l'exercice du culte ou l'instruction des enfants appartenant à ce culte (2). Il y a donc intérêt à distinguer dans notre droit les associations ayant un but religieux de toutes autres; mais cet intérêt n'existe qu'au point de vue fiscal.

104. Au contraire, dans ce même groupe des associations désintéressées, il y a un intérêt pratique d'ordre général à distinguer des autres les *congrégations religieuses*, auxquelles notre législation a toujours fait une place à part.

Les motifs du régime spécial qu'on leur a fait ont été indiqués à bien des reprises diverses dans la discussion de la loi du 1er juillet 1901. Ils se résument dans cette idée que l'association ordinaire est un groupement d'hommes s'associant dans un but déterminé, et gardant par ailleurs leur entière indépendance, alors que la congrégation, par les vœux qu'elle implique, et par la règle de vie à laquelle se soumet le religieux, l'absorbe tout entier, et fait de lui un instrument au service d'une

(1) V. les conclusions de M. l'avocat-général Sarrut dans Dall., 1904, 1. 500 et s.

(2) Cass. Trois arrêts du 4 février 1903. D., 1904, 1. 497. Cette jurisprudence est d'ailleurs très contestable. V. les conclusions précitées de M. Sarrut.

idée (1). Ce n'est pas ici le lieu de discuter cette thèse, qui sans doute n'aurait pas suffi à elle seule à motiver le régime, d'une rigueur excessive, que la loi de 1901 applique aux congrégations religieuses, s'il ne s'y était joint un motif d'ordre tout politique, le désir de détruire une influence jugée dangereuse par le parti au pouvoir. Mais l'énorme différence établie par la loi nouvelle entre la congrégation et l'association ordinaire nous oblige à indiquer avec autant de précision que possible les caractères qui distinguent l'une de l'autre ces deux espèces de groupements.

La définition de la congrégation n'a point été donnée par le législateur. Ce n'est point par oubli ; à plusieurs reprises dans la discussion de la loi, des définitions lui ont été proposées. A la Chambre, MM. Zévaès (séance du 7 mars 1901), et Renault-Morlière (séance du 12 mars 1901), au Sénat, MM. Gourju et Bérenger (séance du 19 juin 1901), ont successivement essayé de faire adopter la leur. M. Bérenger, notamment, a vivement insisté sur l'utilité d'une définition. Mais le rapporteur a répondu en faisant valoir les difficultés que présenterait une définition abstraite et en déclarant que les tribunaux avaient depuis longtemps sur ce point une jurisprudence, et qu'ils n'avaient jamais été embarrassés

(1) V. le résumé des idées sur ce point dans Trouillot et Chapsal, p. 192 et s. V. aussi les conclusions de l'avocat-général Sarrut, dans Dall., 1904, I, 500-501. En sens inverse les orateurs catholiques et les libéraux n'ont cessé de demander pour les congrégations l'application du droit commun des sociétés. Ch. des députés, amendement Piou, séance du 14 mars 1901. — Sénat, amendement de Marcère, séance du 18 juin 1901, et amendement de Lamarzelle, séance du 19 juin 1901.



en fait pour distinguer une congrégation d'une simple association. La question cependant a déjà donné lieu, depuis la loi de 1901, à d'assez nombreuses discussions et l'on peut prévoir que ces discussions ne sont point terminées.

105. Parmi les auteurs qui se sont occupés de la question on peut distinguer deux tendances : les uns donnent une définition toute psychologique, les autres cherchent à préciser limitativement les caractères extérieurs qui distinguent la congrégation.

A la première catégorie appartient notamment la définition de M. Hauriou (1) : « L'association n'entraîne pas pour ses membres un genre de vie particulier, elle ne les enlève pas au monde, elle les laisse à leur famille et à leurs affaires ; la congrégation, au contraire, enlève ses membres à la vie mondaine, elle leur impose un genre de vie spécial, elle les marque dans toutes leurs actions d'un sceau particulier ». L'auteur se demande lui-même si cette définition sera assez précise. Plusieurs autres auteurs cependant arrivent à un résultat analogue, en commençant par énumérer un certain nombre de caractères, et en ajoutant qu'aucun de ces caractères n'est à lui seul ni nécessaire, ni suffisant, et qu'il faut avoir égard à l'ensemble des circonstances (2), d'où

(1) *Droit administratif,* 5e éd., p. 123.

(2) Il en est ainsi notamment de M. le procureur-général Beaudouin, dans les conclusions qui ont précédé l'arrêt de Cass. 1er mai 1903 (D., 1903. 1. 389) : « Il n'est point de critérium, point d'élément essentiel, ni le nombre, ni les vœux, ni la vie en commun... Ce que les tribunaux, juges du fait, auront à rechercher, ce sont toutes ces circonstances que de tout temps ils ont prises en considération, et dont il est possible d'induire l'agrégation concertée dans un but religieux, la permanence de l'effort sous une direction

l'on peut induire l'absorption de l'individu par la collectivité. La jurisprudence, de son côté, paraît incliner dans le même sens (1).

Il nous semble que la crainte exprimée par M. Hauriou est des plus fondées, et que tout cela n'est pas assez précis pour une définition qui entraîne des conséquences pénales. Parmi les traits généralement indiqués, il

commune, le renoncement au monde, l'abandon de l'individualité, et l'absorption dans la collectivité par la soumission à une hiérarchie spéciale, par l'asservissement à une règle particulière ». Même tendance dans le commentaire de MM. Trouillot et Chapsal (p. 202 et s.), qui énumèrent les traits suivants : les *vœux*, la *règle*, le *costume*, la *perpétuité*, la *vie en commun*, mais ajoutent que ces traits ne sont pas limitatifs, et que leur réunion n'est d'ailleurs pas nécessaire pour qu'il y ait congrégation.

(1) La plupart des décisions judiciaires énumèrent certains traits, d'ailleurs variables suivant les espèces, pour en conclure au caractère de congrégation, sans affirmer que ces traits soient nécessaires, et sans indiquer si parmi eux il en est de plus particulièrement décisif. C'est notamment le cas dans le premier arrêt de la Cour de cassation qui ait statué sur la question de la nécessité des vœux autrement que pour écarter des sécularisations (Cass. 8 juillet 1904. D., 1905. 1. 59). L'arrêt retient : la *vie commune sous une dénomination spéciale*, la *soumission à la direction d'un supérieur*, l'*obéissance à une même règle*, les *mêmes exercices pieux*, la *poursuite dans un but religieux de l'accomplissement d'une même œuvre* ; il ne considère pas les vœux comme nécessaires. Cpr. dans un sens analogue, les divers jugements et arrêts rendus en matière de liquidation et publiés dans le Recueil de M. Ménage (*Liquidation des biens des congrégations dissoutes*). — Tribunaux de Valence, 16 mars 1903 (t. I, p. 447) ; de Saint-Etienne, 30 juin 1903 (t. II, p. 140) ; de Marseille, 1er avril 1903 (t. I, p. 461) ; de Valogne, 12 août 1903 (t. II, p. 273); de la Seine, 12 novembre 1903 (t. III, p. 7); de Lyon, 9 janvier 1904 (t. III, p. 122); Cour de Caen, 2 mars 1904 (t. III, p. 207) et 1er juin 1904 (t. III, p. 373) ; Cour de Lyon, 12 juillet 1904 (t. III, p. 130). Plusieurs de ces décisions insistent sur l'*absorption de l'individualité*.

en est qui, de l'aveu de tous, n'ont qu'un caractère accessoire : tel est le *costume* ou le *nom* pris par la congrégation (1). D'autres tels que la *perpétuité*, n'ont absolument rien de spécial à la congrégation, et d'ailleurs ne lui sont pas non plus essentiels.

Les auteurs qui, suivant la deuxième tendance signalée plus haut, cherchent à préciser limitativement les caractères de la congrégation se sont en général tenus à deux conditions qui leur paraissent à la fois nécessaires et suffisantes : les *vœux*, et la *règle canonique* (2) ; conditions qui, bien entendu, impliquent le but religieux. Ce sont en effet les deux conditions principales qui servaient autrefois (et qui servent encore aujourd'hui au point de vue canonique), à caractériser les *ordres religieux* ou *communautés régulières*. Nous croyons cependant que pour les définir complètement, il faut ajouter un troisième caractère : la *vie en commun*. Sans doute ce caractère est moins essentiel parce qu'il n'est pas absolument permanent : dans une congrégation régulière une fois formée, il peut ne pas y avoir de vie en

(1) A la séance de la Chambre du 13 mars 1903, M. Grousseau ayant allégué que quelques-unes des congrégations qui demandaient l'autorisation n'étaient pas en réalité des congrégations (elles n'avaient formé qu'une demande subsidiaire), le rapporteur M. Rabier se borna à répondre qu'elles étaient qualifiées de congrégations dans l'*Annuaire du clergé*. — Mais peut-on vraiment attacher une importance juridique, et surtout pénale, à un pareil fait ?

(2) Ce sont les deux traits indiqués par M. Pillet, dans une note au Dalloz, 1902. 2. 257 ; « Ce qui caractérise la congrégation, c'est l'autorité de la règle assurée par l'émission des vœux ». M. Chavegrin (*Journal des Sociétés*, 1902, p. 482) s'est rallié à cette formule. Beudant en 1879, avait déjà indiqué une formule analogue (D., 79. 2. 225).



commun *actuelle*, sans que pour cela la congrégation disparaisse (1). Mais il serait contraire à la tradition de notre droit d'atteindre comme congrégation une association ne comportant aucune communauté d'existence même éventelle ; les textes innombrables qui, soit dans l'ancien régime, soit à l'époque révolutionnaire, ont réglementé la situation des congrégations, n'ont jamais eu en vue que les couvents ou communautés, c'est-à-dire des associations où la vie en commun était essentielle ; et il est à remarquer que dans *toutes* les définitions soumises aux Chambres en 1901, la vie en commum figure comme l'un des éléments de la congrégation ; sans doute, ces définitions ont été rejetées, parce qu'on n'a voulu en donner aucune, mais cette unanimité montre quelle idée se faisaient de la congrégation les auteurs de la loi.

106. Trois caractères sont donc à la fois nécessaires et suffisants pour qu'il y ait communauté régulière. Mais on doit se demander si la loi n'est pas également applicable aux congrégations *séculières*, qui ne prononcent point de vœux, et dans lesquelles existent seule-

(1) On sait que les auteurs de la loi de 1901 ont cherché tout d'abord à désigner les congrégations par une simple périphrase sans les nommer. L'une de ces périphrases fut celle-ci : « Association dont les membres vivent en commun ». La commission l'écarta, pour employer directement le mot *congrégation*, à la suite d'un discours de M. Viviani faisant ressortir que la périphrase donnerait aux congrégations un moyen trop facile d'échapper à la loi. Il résulte évidemment de cet incident que la dispersion momentanée d'une congrégation, d'ailleurs créée pour la vie commune, ne suffit pas pour lui enlever son caractère ; il n'en résulte pas qu'on puisse traiter comme congrégation une association où la vie commune n'a jamais existé.

ment les deux autres éléments de la définition (règle et vie en commun). La jurisprudence paraît hésiter encore sur ce point (1). En faveur de l'affirmative on peut invoquer, outre le nom même que portent ces associations, le fait qu'elles ont été, comme les communautés régulières, bien que plus tardivement, atteintes par les proscriptions de la période révolutionnaire (2), et qu'elles semblent ainsi avoir été englobées dans l'ensemble de la législation relative aux congrégations (3). En sens contraire, on peut alléguer qu'il y a toujours eu en droit canonique une différence profonde entre les

(1) En faveur de l'application de la loi aux congrégations séculières, on peut citer certains arrêts de la Cour de cassation qui, en présence de congréganistes réguliers, se prétendant sécularisés parce qu'ils étaient déliés de leurs vœux, déclarent que ce n'est pas là une preuve suffisante de sécularisation : notamment Cass. 1er mai 1903, D., 1903. 1. 397. Mais ces arrêts ne sont pas décisifs, parce qu'ils sont inspirés en grande partie par la crainte d'une fraude à la loi. Plus décisif est l'arrêt de Cass., du 8 juillet 1904. D., 1905. 1. 59. qui déclare directement la loi applicable à une congrégation séculière (les missionnaires d'Hasparren); toutefois il y avait encore là dans la cause certains éléments spéciaux qui empêchent cet arrêt d'être un arrêt de principe (v. la note de l'arrêtiste). Quelques cours d'appel paraissent admettre que la loi n'est pas applicable aux congrégations séculières : C. de Rennes, 20 juin 1888. D., 89. 1. 25 (Oratoire de Rennes). C. de Riom, 7 novembre 1903, *Revue d'administration*, 1904. 2. 72 (Assoc. de S. Viateur). Mais d'autres cours leur ont au contraire déclaré la loi applicable. C. de Lyon, 12 juin 1902 (petites sœurs de l'Assomption). D., 1903. 1. 308.

(2) Epargnées par la loi des 13-19 février 1790, et par celle du 4 août 1792, elles ont été atteintes par celle du 18 août 1792.

(3) On peut remarquer aussi que la Chambre les a traitées comme de véritables congrégations, en rejetant les demandes subsidiaires formées par plusieurs d'entre elles au lieu de déclarer qu'il n'y avait lieu à statuer. Mais juridiquement cette procédure ne peut influer sur la solution de la question.

associations dont il s'agit et les véritables communautés; que les vœux seuls entraînent l'absorption de l'individu dans la collectivité, l'impossibilité de posséder personnellement, la renonciation définitive à la vie ordinaire, c'est-à-dire précisément les circonstances qui ont été invoquées pour justifier la rigueur du régime juridique imposé aux congrégations (1); qu'enfin les vœux, aussi bien que la vie en commun, sont indiqués comme un trait caractéristique dans les diverses définitions de la congrégation qui ont été proposées aux Chambres (2). Ces dernières considérations nous paraissent décisives et nous croyons que les congrégations séculières doivent être considérées comme de simples associations (3).

(1) On sait que le projet du Gouvernement entendait d'abord atteindre les associations « emportant renonciation aux droits qui ne sont point dans le commerce ». C'est cette renonciation qui a paru ne devoir être autorisée qu'à titre tout à fait exceptionnel ; or dans les congrégations séculières il n'y a aucune renonciation de ce genre. La même conclusion découle aussi du discours prononcé par M. Waldeck-Rousseau à la Chambre dans la discussion générale (séance du 29 janvier 1901) : « Parmi les droits attachés à la personne figurent le droit d'acquérir, de faire le commerce, de se marier ; on ne peut s'engager à ne pas exercer un de ces droits. Or toute congrégation suppose le vœu d'obéissance, le vœu de pauvreté et le vœu de chasteté... ».

(2) M. Zévaès, en proposant d'interdire d'une manière absolue les congrégations (séance du 7 mars 1901), en donnait la définition suivante : « Sont réputées congrégations toutes les associations dont les membres vivent en communauté dans un but religieux, liés par des vœux perpétuels ou temporaires d'obéissance, de pauvreté ou de célibat ».

(3) Il resterait pour terminer cette théorie de la classification à établir la distinction entre les *établissements d'utilité publique*, et les autres personnes morales de *droit privé*. — Nous renvoyons cette partie du sujet au ch. IV. (V. ci-dessous, nos 139, 140 et 143).

CHAPITRE III

LA CRÉATION DES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC

SOMMAIRE : I. — **107**. Création de l'Etat. — **108**. Il doit être considéré comme une personne morale par cela même que les conditions de fait nécessaires à son existence se trouvent réunies. — **109**. Lui-même, en droit interne, doit reconnaître sa propre personnalité, et l'unité de cette personnalité. — **110**. Système de MM. Marqués di Braga et Lyon, décomposant la personnalité de l'Etat en autant de personnes distinctes qu'il y a de services publics, ses dangers. — **111**. Système qui voit dans les trois pouvoirs de l'Etat des êtres moraux distincts ; ils sont seulement les organes d'une même personne morale. — **112**. Les organes de l'Etat n'ont pas des droits subjectifs, mais des compétences. — **112 *bis***. Cependant les électeurs, organes de l'Etat, ont un droit individuel à la qualité d'organes. — **113**. La théorie de la personnalité de l'Etat, en droit public comme en droit privé, explique seule le droit de commander. — **114**. Elle en donne en même temps les limites, et n'aboutit pas à accroître la puissance de l'Etat.

II. — **115**. Services publics personnalisés. L'Etat peut personnaliser un service public en lui donnant une organisation suffisante pour le représenter toutes les fois que ce service correspond à un groupe d'intérêts collectifs et permanents, distincts de ceux de l'Etat lui-même. — **116**. Il le fait pour les groupes territoriaux, départements, communes, colonies, etc. — **117**. La personnalité de ces groupes existe, non seulement en droit privé, mais aussi en droit public. — **118**. Mais l'Etat législateur, qui reconnaît cette personnalité de droit public, reste maître de la modifier ou de la supprimer. — **119**. La personnalité de droit public pourrait théoriquement être séparée de la personnalité de droit privé : motifs pour lesquels elles sont en fait toujours réunies ; l'arrondissement et le canton ; la section de commune. — **120**. Critique de la théorie de la décentralisation faite par M. Duguit. — **121**. Démonstration de l'existence de droits de puissance publique appartenant à la commune.

III. — **122**. Les établissements publics. I. Leur définition. Leur

personnalité en droit public et en droit privé. Leur rattachement aux groupes territoriaux. — **123**. Critique des autres conceptions de l'établissement public. Théorie d'Otto Mayer. Théorie de M. Berthélemy. — **124**. II. Avantages et inconvénients de la personnification des services publics spéciaux. — **125**. III. La création d'un établissement public ne peut résulter que de la loi; — **126**. Formes diverses de l'intervention du législateur. — **127**. Moment à partir duquel l'établissement public est considéré comme existant; il n'est pas toujours nécessaire pour cela qu'il ait un patrimoine, ni même que son organisation soit matériellement realisée ; il suffit qu'elle puisse se réaliser dès qu'elle deviendra nécessaire. — **128**. IV. Incertitude sur l'existence de la personnalité morale résultant fréquemment des procédés employés par le législateur. — **129**. Intérêts pratiques de la question de personnalité morale; différences juridiques entre le service personnalisé et le service non personnalisé. — **130**. La personnalité morale ne se confond pas avec l'individualité financière. — **131**. On ne doit pas considérer comme personnes morales les services publics qui ne correspondent pas à un groupement distinct; ce ne sont que des organes; non personnalité de l'organe. — **132**. Quand le service est susceptible d'être personnalisé, il faut, pour savoir s'il l'est, examiner sa situation dans son ensemble. Quelques exemples : caisse des dépôts et consignations, caisse d'épargne postale, asiles d'aliénés, etc. — **133**. Situation à cet égard des établissements publics du culte. Personnalité du diocèse. — **134**. V. Personnalité des Eglises et des établissements ecclésiastiques ; sa nature.

107. L'Etat est la première personne juridique que nous rencontrons dans le monde actuel. Son existence est un fait naturel, que le Droit n'a qu'à interpréter, et dont il doit tirer les conséquences juridiques. L'Etat naît quand certaines conditions de fait se trouvent réunies : existence d'un groupe humain ayant vis-à-vis des groupes voisins une certaine indépendance, possesseur d'un certain territoire, et doté d'une organisation suffisante pour qu'une volonté réussisse à s'imposer, à l'intérieur et à l'extérieur, comme la volonté du groupe (1). La réunion

(1) Liszt, *Das Völkerrecht*, 1902, § 5, p. 35, ramène à trois les éléments constitutifs de l'Etat : la puissance de commander (*Staats-*

de ces conditions peut résulter de faits très-divers : les uns contraires au droit existant (rebellion d'une province ou d'une colonie aboutissant à la conquête de son indépendance ; révolution amenant la dissolution d'un Etat et la constitution de plusieurs Etats indépendants, etc.) ; les autres en harmonie avec le droit existant (contrats ayant pour objet la fusion de plusieurs Etats en un seul, actes conformes au droit public interne d'un pays et ayant pour objet la séparation d'un territoire et son érection en Etat distinct). Mais cette distinction est sans influence sur la formation même de l'Etat : son existence est aussi incontestable lorsqu'il s'est constitué à la suite d'actes violents et répréhensibles que lorsque ses fondateurs ont montré un scrupuleux respect du droit. Les actes juridiques qui, dans ce dernier cas, ont été accomplis par eux ne sont jamais, à eux seuls, suffisants pour *créer* un Etat, si ses éléments constitutifs n'existent pas; mais ils rendront en général plus facile la *reconnaissance* du nouvel Etat par les autres, reconnaissance qui lui est nécessaire pour acquérir la personnalité de droit international (1). A ce

gewalt) ; le territoire (*Staatsgebiet*) ; le peuple (*Staatsvolk*).Cette analyse ne contredit pas la nôtre, sauf à s'entendre sur la définition de la *puissance de commander* (v. *infrà*). Nous avons voulu seulement rattacher notre analyse à la théorie générale de la personnalité morale et pour cela nous avons dû indiquer d'une manière plus précise dans notre définition, l'*organisation de volonté collective*, nécessaire à l'Etat comme à toute autre collectivité aspirant à la personnalité morale. La plupart des autres définitions de l'Etat que l'on trouve dans les divers auteurs exigent, explicitement ou implicitement, ces mêmes conditions.

(1) Jellinek, *Allgem. Staatslehre*. p. 245 et s., a insisté avec beaucoup de raison sur ces idées, et montré d'une manière péremptoire que la naissance de l'Etat était un simple fait, qu'une

point de vue la naissance de l'Etat ne diffère pas d'ailleurs de la naissance d'une corporation quelconque; la seule différence, c'est que les faits qui donnent naissance à une corporation ordinaire se produisent à l'intérieur d'un Etat, et sont soumis au droit de cet Etat, droit qui d'ordinaire les réglemente avec soin et indique avec précision les conditions auxquelles est subordonnée la reconnaissance de la personnalité juridique, au lieu que le droit international ne règle que d'une manière très incomplète les faits qui peuvent concourir à la naissance d'un nouvel Etat (1), et d'ailleurs ne possède pas de sanction suffisante pour empêcher des Etats de se créer par la force contrairement à ses prescriptions.

108. L'Etat existe donc dès que certaines conditions de fait se trouvent réunies. Mais cela suffit-il, pour que nous le considérions comme une personne morale ?

Dans la théorie de la fiction il est tout naturel de répondre négativement : « Il n'est pas douteux, dit M. Ducrocq en parlant de la personnalité de l'Etat (2), que c'est une fiction légale, puisque l'Etat est ainsi assimilé à une personne physique douée de la vie naturelle. Une personne civile est précisément ainsi nommée par

volonté extérieure ne peut pas créer ce fait, mais seulement le faciliter, et qu'un Etat en conséquence ne peut jamais être considéré comme créant un autre Etat.

(1) Il nous paraît exagéré de dire avec Jellinek (*op. cit.*, p. 236, n. 1) que le droit international ne contient aucune règle régissant la création des Etats ; car il a des règles pour apprécier si les actes qui ont pour objet cette création sont ou non conformes au droit.

(2) De la personnalité civile de l'Etat d'après les lois civiles et administratives de la France (*Revue générale du droit*, t. XVIII, 1894, p. 101).

antithèse, parce qu'elle est en dehors des conditions de la nature humaine, non soumise aux lois naturelles de la vie et de la mort. C'est précisément pourquoi il n'est pas exact d'admettre des personnes civiles *naturelles*, pas plus l'Etat qu'aucune autre... Cette assimilation entre les personnes physiques et les personnes civiles, nécessairement partielle, restreinte dans ses effets juridiques, ne peut être l'œuvre que du législateur et, dans ces limites, ne dépasse en rien ses pouvoirs. L'Etat est investi, dans notre pays, de la personnalité civile, par un nombre considérable de dispositions de nos Codes et de nos lois non codifiées ». Et M. Ducrocq cite, comme étant le fondement de la personnalité de l'Etat, tous les textes dans lesquels cette personnalité se trouve mentionnée ou impliquée, textes innombrables et dont la liste pourrait indéfiniment s'allonger (1). Il repousse en conséquence la qualification de personne civile *nécessaire* que Savigny a appliquée à l'Etat et que Laurent a acceptée ; il conclut en déclarant que l'Etat ne jouit nullement de plein droit de la personnalité

(1) « La vérité est que la personnalité civile de l'Etat est consacrée en termes formels par les art. 541, 560, 2121, 2227 du Code civil, 49, 69, 83, 398, 481 du Code de procédure civile, 1 et 8 à 25, 113 à 116 du Code forestier, et par un nombre très considérable de dispositions législatives en dehors de nos Codes : loi domaniale des 22 novembre-1er décembre 1790, art. 8 et 18 ; loi du 16 septembre 1807, art. 41 à 53 ; loi du 29 janvier 1831, art. 9 ; loi du 24 mai 1842, art. 2 et 4 ; loi du 3 mai 1841, art. 13, § 5, 26, 60, 61; loi du 18 juin 1843, art. 6 ; loi du 1er juin 1864, art. 1 ; loi du 30 mars 1887, art. 2, 8, 10, 12, 14 ; le décret du 31 mai 1862, dans ses art. 1, 5, 36, 39, 63, 68, 70, 84, 136, 146, 147, 158, 193, 240, 254, etc., et toutes nos lois portant fixation du budget de l'Etat, et toutes nos lois des comptes et toutes nos lois d'emprunts. » (*Loc. cit.*, p. 102).

civile et que, pour lui comme pour les autres personnes morales, la loi est bien la dispensatrice souveraine de toute existence juridique.

Nous avons déjà montré combien cette notion, tout à fait logique quand on part de la théorie de la fiction, est incompatible avec l'idée que nous nous faisons de la personnalité morale (1). Les textes cités par M. Ducrocq ne peuvent pas être la base de la personnalité de l'Etat, et cela pour une raison décisive : c'est qu'ils émanent de l'Etat lui-même, et que l'Etat devait déjà être constitué comme personne morale quand il les a édictés ; en légiférant en ce sens, il exerce un des attributs inhérents à sa personnalité, il ne crée donc pas cette personnalité, il la reconnaît et la réglemente. Il suffit de jeter un coup d'œil sur les textes allégués pour se rendre compte qu'ils ne font pas autre chose. Ils n'ont pas la prétention de créer la personnalité de l'Etat ; ils la supposent existante et se bornent, soit à attribuer à l'Etat certains biens ou certains droits (articles 541, 560, 713, 2121, C. c.), soit à indiquer les règles particulières applicables à l'administration de son patrimoine ou à l'exercice des droits qui lui appartiennent (art. 49, 69, etc. du Code de procédure, textes du Code forestier et textes spéciaux). Quelques-uns d'entre eux, tels que les lois des comptes ou les lois d'emprunts, n'ont pas même cette portée juridique ; ils ne sont pas la réglementation de la personnalité de l'Etat, ils en sont seulement l'exercice ; ils ne sont, en d'autres termes, que des actes d'administration faits en forme de lois, et plus que tous autres, par conséquent, ils supposent l'existence de la personnalité dont ils sont la manifestation.

(1) *Suprà*, nos 9 à 12.

M. Ducrocq a, il est vrai, essayé de réfuter l'argument présenté avant nous par M. Van den Heuvel et par beaucoup d'autres auteurs, qu'on ne peut se donner l'être à soi-même. Cet argument, dit-il, n'a aucune application sérieuse au législateur : « Ce n'est pas sur lui-même qu'il opère. De même que rien ne s'oppose à ce que les lois constitutionnelles, ou autres, constituent l'Etat comme puissance politique, rien ne s'oppose non plus à ce que l'Etat soit constitué par la loi comme personne civile ». La réponse suppose que le législateur n'est pas l'organe de l'Etat. Il n'est pas douteux cependant qu'il ne le soit, au moins en ce qui concerne les lois alléguées, qui sont des lois émanées de l'organe législatif régulier dont tout Etat moderne est pourvu. Toutes sont des lois émanées d'un Etat déjà constitué, et ayant depuis longtemps commencé à exercer les droits qui dérivaient pour lui de sa personnalité publique et privée. Nous avouons du reste ne pas comprendre l'argument que M. Ducrocq cherche à tirer de la comparaison entre les lois qui constituent l'Etat personne civile et les lois constitutionnelles qui le constituent comme puissance politique. Cette comparaison est pour nous la meilleure preuve de notre thèse : est-ce que vraiment ce sont les lois constitutionnelles, — ou autres, — qui donnent à l'Etat son existence en tant que puissance politique ? Dans l'immense majorité des cas (1), elles se bornent à organiser un Etat préexis-

(1) Il n'y a exception que pour certains Etats de création récente formés d'une manière absolument consciente par un accord entre des Etats ou groupes préexistants : l'empire d'Allemagne, le Congo. Ce n'est même pas le cas pour la Belgique qui n'a été organisée constitutionnellement que lorsque sa personnalité existait déjà en



tant, qui n'a pas attendu, pour vivre et pour exercer ses droits de puissance publique, de trouver sa personnalité affirmée et réglementée par un texte.

La vérité est que, dès que l'Etat existe en fait, sa personnalité doit être reconnue par le Droit, si l'on veut que celui-ci reste en harmonie avec la vie réelle (1). Assurément cette reconnaissance n'a pas toujours eu lieu d'une manière complète (2). Les interprètes du Droit ont pu, tantôt se borner à étudier les droits de l'Etat, sans dégager l'idée de personnalité qui peut seule leur servir de support, tantôt confondre plus ou moins l'Etat avec la personne du souverain. Mais, dès que l'Etat vit, et que cette dernière cause de confusion est écartée,

fait et était déjà reconnue par plusieurs puissances. A plus forte raison ce n'est pas le cas pour les Etats dont l'origine historique est ancienne. D'ailleurs même pour les Etats récents dont nous parlons, ce n'est pas le statut ou la loi constitutionnelle qui leur a donné l'existence ; cette existence résulte des conditions dont nous avons parlé plus haut ; les lois dont il s'agit sont simplement concomitantes à la naissance de l'Etat, et sont impuissantes à le faire vivre comme tel si ces conditions ne sont pas remplies (comme le prouve fort bien l'exemple du Congo).

(1) Cpr. Gareis, *Allgem. Staatslehre*, § 10. Même dans la monarchie absolue, le sujet de la souveraineté, ce n'est pas le Monarque, c'est la communauté : « L'Etat c'est moi », n'a juridiquement aucun sens ; la mort du Monarque, n'est pas celle de l'Etat... La personnification de la communauté est logiquement inévitable et aussi ancienne que la communauté elle-même, bien qu'elle ne soit pas reconnue à tous les degrés de civilisation.

(2) La théorie de l'Etat patrimonial avait pour conséquence la confusion de la personnalité de l'Etat avec celle du souverain. V. l'analyse et la genèse de cette théorie, dans Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 328 et s. Elle est encore à la base de l'organisation de quelques grands Etats actuels. V. Rehm, *Staatslehre*, § 37. Mais elle ne répond ni aux besoins de la société moderne, ni à la réalité des rapports juridiques.

— comme elle l'est dans les nations modernes, — il est impossible de ne pas s'apercevoir que certains droits lui appartiennent et que certaines obligations lui incombent. C'est dans le domaine du droit international que cette vérité a commencé d'apparaître avec netteté. Les auteurs qui s'occupaient des relations respectives des Etats, et qui essayaient de les soumettre à une règle de droit, étaient bien obligés de partir de la notion de personnalité. Cette force agissante qui a su faire reconnaître son indépendance, qui fait la paix et la guerre, conclut des traités, contracte des engagements, ne peut entrer dans le domaine du Droit que si on la considère comme un sujet de droit, c'est-à-dire comme un être capable d'avoir des droits et des obligations. Ces droits et ces obligations existent principalement dans le domaine du droit public; mais il est logique d'admettre, suivant nous, que la personnalité de droit public, une fois reconnue, entraîne avec elle, même au point de vue international, la personnalité de droit privé. Aucun Etat ne peut remplir sa mission politique, en effet, s'il n'a pour cela les moyens matériels nécessaires, et ces moyens ne peuvent lui appartenir que s'il est admis comme sujet de droit civil, capable de posséder et de contracter. La reconnaissance d'un Etat à titre de personne politique internationale entraîne donc, comme corollaire indispensable, sa reconnaissance à titre de personne civile (1).

109. Mais lui-même, dans son droit interne, doit re-

(1) Ce point paraît aujourd'hui assez généralement admis. Voir notre article sur *La capacité en France des personnes morales étrangères et en particulier du Saint-Siège* dans *Revue générale*



connaître sa propre personnalité. Il doit reconnaître, non seulement qu'il a des droits et des obligations, — ce que l'Etat le plus autoritaire ne peut se dispenser de faire, — mais que ces droits et ces obligations se ramènent à une personne *unique*, personne qui est l'incarnation juridique de la Nation, c'est-à-dire du groupe humain établi sur le territoire. L'Etat puissance publique, et l'Etat personne morale de droit privé, constituent en effet un seul et même sujet de droit (1). Si on les sépare arbitrairement, soit en fractionnant l'Etat en deux personnalités, soit, ce qui revient au même, en limitant l'idée de personnalité à une seule de ses manifestations, celle du droit privé, on sera conduit à des conséquences inadmissibles : il faudra dire, par exemple, que l'Etat puissance publique n'est pas responsable des actes accomplis par l'Etat personne privée, et réciproquement ; que le contrat passé par l'un est pour

de Droit international public, t. I, p. 193 et suiv. Voir principalement les pages 203 et suivantes et les auteurs indiqués à la note 1 de la page 203. *Junge* : Despagnet. *Droit international public*, 3e éd., n° 186.

(1) M. Ducrocq fait lui-même l'aveu suivant : « Ces deux caractères sont tellement liés l'un à l'autre qu'ils se confondent le plus souvent dans l'individualité de l'Etat, et qu'il serait dangereux d'établir entre eux une démarcation absolue (*loc. cit.*, p. 97) ». Nous nous bornons à effacer *le plus souvent* et à remplacer le mot *individualité* par le mot *personnalité*. Cette personnalité est du reste la même que celle qui agit dans le domaine du droit international. On doit en conséquence repousser tout système qui fait du *fisc* une personne morale distincte de l'Etat, une fondation créée par lui, ce qui est la notion imposée par le système de la fiction (V. ci-dessus n° 11). V. sur les divers auteurs qui ont exposé plus ou moins nettement ce système. Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, 60, 359, 421, *Genossenschaftstheorie*, p. 605 et *Deutsches Privatrecht*, § 61, notes 2 à 4.

l'autre *res inter alios acta ;* que la chose jugée vis-à-vis de l'un ne l'est pas vis-à-vis de l'autre. Il suffit d'une courte réflexion pour se rendre compte des difficultés inextricables et des injustices auxquelles mènerait un semblable système, que la pratique et l'instinct juridique repoussent également.

En matière de contrats, il est inadmissible que l'Etat puissance publique puisse violer sans indemnité le contrat passé par l'Etat personne privée : les deux actes, contrat et acte d'autorité, sont faits en vue du même intérêt collectif, et par conséquent pour le compte de la même personne. La jurisprudence n'en a jamais douté (1), et nous ne voyons pas qu'on ait pu donner aucune explication satisfaisante de cette règle en dehors de l'unité de la personnalité de l'Etat (2).

En matière de responsabilité, la jurisprudence a toujours admis que l'Etat est pécuniairement responsable (bien que d'après des règles autres que les règles du Code civil) des fautes commises par ses organes ou agents dans la gestion des services publics (3). Cette solution elle aussi, n'est explicable que par l'unité de la person-

(1) V. p. ex. Cass., Ch. Req., 23 juin 1887. D., 89. 1. 72. L'Etat bailleur est responsable du trouble apporté à son locataire par les ordres donnés dans l'intérêt de l'un des services publics de l'Etat (dans l'espèce, par des exercices et des tirs prescrits par l'autorité militaire). Cpr. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, p. 476, n. 5.

(2) M. Vauthier, *Etudes sur les personnes morales*, p. 321 et s., méconnait entièrement ce lien entre le droit public et le droit privé. Il arrive à dire (p. 333) que lorsque l'Etat puissance publique souscrit un engagement il *devient* par là même personne morale. Ce ne serait plus la personne morale qui ferait le contrat, mais le contrat qui créerait la personne morale ! L'étrangeté de cette idée dispense, nous semble-t-il, de toute réfutation.

(3) Les applications sont innombrables. V. notre *Responsabilité*

nalité de l'Etat ; car dans la gestion des services publics l'Etat n'est pas une simple personne morale de droit privé ; il est le représentant de l'intérêt général, et a comme tel des prérogatives éminentes qui découlent de la puissance publique (telles, par exemple, que le privilège du préalable). — Pour les fautes commises par les agents de l'Etat dans l'accomplissement de leurs fonctions de puissance publique, la jurisprudence, il est vrai, a longtemps admis le principe général de l'irresponsabilité de l'Etat. Cependant, même à l'époque où elle acceptait le plus largement cette thèse, elle y apportait elle-même certaines exceptions (1) ; et d'autres dérogations se trouvaient dans des lois spéciales. Le système admis par la jurisprudence n'était donc pas basé sur une prétendue dualité de personnes, ou sur l'absence de personnalité de l'Etat puissance publique, car alors il n'aurait dû comporter aucune exception. Il était basé tantôt sur l'impossibilité de fait d'examiner la question de responsabilité, à raison de l'absence de tout tribunal compé-

de l'Etat dans *Revue du droit public*, année 1895, n° 23. Depuis cette date, de très nombreux arrêts ont continué d'appliquer cette responsabilité. Ex. : C. d'Et., 19 février 1897. D. 98. 3. 68, 16 mars 1900. D. 1901. 3. 57, etc.

(1) V. notre *Responsabilité de l'Etat*, n° 44 : indemnité lorsque l'acte d'autorité viole un contrat ; indemnité quand il dégénère en acte de gestion à raison du but d'intérêt pécuniaire dans lequel il est fait. En outre textes spéciaux : loi sur les erreurs judiciaires, lois sur l'administration des contributions indirectes et des douanes, indemnités d'expropriation, de réquisition, de dommages pour travaux, etc. — La loi du 14 mars 1904, art. 11, apporte un nouvel exemple d'indemnité due pour acte d'autorité, en imposant à la commune le paiement d'une indemnité à la suite de la suppression d'un bureau de placement par délibération du conseil municipal.

tent (actes législatifs, actes de gouvernement), tantôt sur l'absence de règles précises d'où l'on puisse déduire la responsabilité d'Etat, ou sur le fait que sa responsabilité pouvait paraître présenter certains dangers pour l'intérêt général (actes de puissance publique ordinaires, actes de police, etc.). Les actes législatifs et les actes de gouvernement restent encore aujourd'hui soumis à la règle, mais ils prévoient très souvent eux-mêmes une indemnité pour réparer le dommage qu'ils causent (1), et s'ils mettent cette indemnité à la charge de l'Etat, c'est bien parce qu'ils considèrent l'Etat comme le véritable auteur du dommage. — Quant aux actes de puissance publique ordinaires (pour lesquels n'existe pas la fin de non-recevoir tirée de l'absence d'un tribunal compétent), la jurisprudence abandonne de plus en plus le système de l'irresponsabilité, et par là reconnaît de plus en plus l'unité de la personnalité de l'Etat dans les deux domaines du droit public et du droit privé ; et il est permis de prévoir que cette opinion triomphera un jour d'une manière complète (2).

(1) Ex. loi du 1er mai 1822, supprimant des distilleries à Paris ; loi du 18 juillet 1860, supprimant le monopole des courtiers de marchandises ; loi du 2 août 1872 supprimant les fabriques d'allumettes.

(2) L'arrêt du C. d'Et. du 13 mars 1899 (Lepreux) (Lebon, p. 18) admettait encore le principe de l'irresponsabilité de l'Etat en matière d'actes de puissance publique ; mais, depuis lors, plusieurs arrêts ont admis implicitement ou explicitement le système contraire. V. notamment l'arrêt du 27 février 1903 (Zimmermann), dans Sirey, 1905. 3. 17. et la remarquable note de M. Hauriou. L'arrêt présente bien, ainsi que le fait remarquer M. Hauriou, l'acte de puissance publique comme l'exercice d'un droit appartenant à une personne administrative. Le Conseil d'Etat a continué depuis lors son évolution ; 29 mai 1904, affaire Le Berre (Lebon, p. 414, con-

M. Hauriou, qui a contribué plus que tout autre à répandre la notion de personnalité de l'Etat puissance publique, et qui a fourni sur ce point les explications les plus nettes et les plus probantes (1), apporte cependant à la doctrine une restriction qui nous paraît injustifiable quand il explique (2) que les actes de puissance publique sont accomplis *en partie seulement* au nom de la personne administrative, *en partie* au nom d'une puissance publique impersonnelle et irresponsable. Sans doute, lorsque ces actes sont attaqués pour excès de pouvoir, le procès n'est pas considéré comme dirigé contre la personne administrative, ce n'est pas un procès *inter partes*, on attaque l'acte en lui-même, et non son auteur. Mais cette forme donnée au procès provient de ce que le recours pour excès de pouvoir est dans son origine un recours hiérarchique, supposant seulement la violation du droit objectif par un fonctionnaire et non la lésion d'un droit subjectif. Cela ne prouve nullement que l'acte n'a pas été accompli au nom de la personne morale, qui, nous le verrons, est de plus en plus facilement admise à intervenir dans l'instance. — D'ailleurs l'observation de M. Hauriou divise ce qui ne peut être divisé ; l'acte est ou n'est pas un acte de l'Etat, il ne peut l'être à moitié ; la seule chose possible c'est que

clusions de M. Tessier) ; 10 janvier 1905, Grecco ; 17 février 1905, Auxerre, *Revue génér. d'administration*, 1905, I, p. 289. Dans l'aff. Grecco, il s'agit d'un accident attribué à l'insuffisance de mesures de police. Le Conseil d'Etat n'admet pas la responsabilité de l'Etat, mais il l'écarte uniquement en déclarant qu'il ne résulte pas de l'instruction « que l'accident puisse être imputé à une faute du service public dont l'Administration serait responsable ».

(1) *Traité de droit administratif*, 5e éd., p. 192 et s.

(2) *Eod. loc.*, p. 203.

dans certains cas on examine l'acte isolément sans tenir compte de son origine, mais cela ne fera pas qu'il cessera d'être un acte de l'Etat.

Sans doute il peut être utile, à certains points de vue, de distinguer dans l'Etat les deux faces de sa personnalité, et nous essaierons nous-même de le faire plus tard ; mais on n'arrivera jamais à une théorie juridique satisfaisante, si l'on ne maintient pas le principe que tous les actes de l'Etat doivent être considérés comme ceux d'une personne unique, qui a seulement des organes différents et des manifestations diverses (1).

110. Si nous repoussons la division de l'Etat en deux personnalités distinctes, à plus forte raison ne pouvons-nous admettre (et ici nous avons la satisfaction d'être pleinement d'accord avec notre éminent maître, M. Ducrocq) les divers autres fractionnements de la personnalité de l'Etat qui ont été imaginés par quelques auteurs. L'un des plus curieux est celui dont l'idée première a été développée par MM. Marquès di Braga et Camille Lyon (2). Envisageant uniquement la person-

(1) La nécessité de cette théorie apparaît avec plus d'évidence encore quand il s'agit d'un Etat fédéral. Dans un Etat de ce genre il y a un fisc fédéral, et autant de fiscs locaux qu'il y a d'Etats particuliers. Pour connaître les droits et les obligations de ces divers fiscs, il est de toute nécessité de ne pas les séparer de l'Etat auquel ils appartiennent. Chacun deux est destiné à faire face aux services de cet Etat, et à nul autre ; le fisc fédéral est destiné à faire face aux services communs de l'Etat fédéral ; il est cet Etat vu par son côté patrimonial. V. pour l'Allemagne la théorie du fisc d'Empire dans Laband, *Le droit public de l'empire allemand*, Ed. française, t. VI, p. 1 et suiv.

(2) *Traité des obligations et de la responsabilité des comptables publics*. De la comptabilité de fait, nº 172. t. II, p. 40, et dans le *Répertoire de Béquet*, vº Comptabilité de fait.



nalité de droit privé, ces auteurs se déclarent peu satisfaits de la formule banale qui consiste à dire que l'Etat a la personnalité civile ; suivant eux, cette formule est trop simple pour correspondre exactement à la situation juridique qu'elle a la prétention de caractériser ; si on entre dans l'examen détaillé des services publics, on constate, non pas seulement que cette personnalité affecte des formes diverses, mais qu'elle *disparaît*, ou qu'elle *se démembre* au profit des divers services publics dont l'ensemble constitue l'Etat. Au lieu de s'en tenir à l'idée d'une personnalité unique, on doit donc admettre l'existence d'autant de personnalités diverses qu'il y a de services distincts ; chaque département ministériel sera doué de personnalité ; il en sera de même du Trésor, du domaine national, et enfin de chacune des grandes régies financières chargées de faire rentrer les revenus publics. A l'appui de cette opinion, MM. Marquès di Braga et Lyon invoquent toutes les dispositions des lois et solutions de jurisprudence dans lesquelles on voit ces services fonctionner, quant à l'administration du patrimoine qui leur est affecté, avec une certaine autonomie. Ils font remarquer que chacune de ces administrations a en justice sa représentation distincte ; que chacune peut recevoir des libéralités et posséder des valeurs immatriculées au nom du service ; qu'enfin ces valeurs peuvent être des titres de rente sur l'Etat français, sans que pour cela la dette de l'Etat se trouve éteinte par confusion.

Les faits ainsi allégués sont loin d'être décisifs en faveur d'une personnalité distincte pour chacune des administrations indiquées. L'Etat peut avoir, à raison de la complexité de ses services, plusieurs fonction-

naires différents pour le représenter en justice; cela ne prouve nullement que chacun de ces fonctionnaires représente une personne différente (1); il n'en serait ainsi que si l'on devait admettre que la chose jugée à l'égard de l'une de ces administrations ne l'est pas à l'égard des autres, et nous croyons fermement que cette doctrine est inadmissible. Quant aux libéralités, M. Ducrocq (2) a fort bien montré que si les diverses administrations citées peuvent recevoir des dons et legs, elles ne le peuvent, d'après les décisions mêmes de la jurisprudence alléguée, qu'au nom de l'Etat, et qu'il y a là seulement l'application d'une règle bien connue, d'après laquelle une libéralité faite au profit d'un service public non pourvu de personnalité civile est considérée comme faite à l'Etat, et acceptée par le ministre dans le département duquel rentre ce service (3). Enfin, le fait que

(1) Ce n'est pas seulement l'Etat qui peut être représenté en justice par des fonctionnaires différents suivant les cas. P. ex. le département de la Seine, représenté d'ordinaire par le préfet de la Seine, l'est, dans certains cas, par le directeur du service de l'Assistance publique (Cass. 6 décembre 1899, D., 1900. 1. 158). Cela ne prouve nullement que l'Assistance publique ait la personnalité morale ; mais cela fait pressentir que le système ici combattu aboutirait à dissoudre d'autres personnalités encore que celle de l'Etat.

(2) *Op. cit.*, p. 414. Voir, par exemple, le projet de décret élaboré par le Conseil d'Etat, le 6 décembre 1884 : « Les ministres de la guerre et de la marine et des colonies sont autorisés à accepter, *au nom de l'Etat*, chacun en ce qui le concerne, le legs fait aux armées de terre et de mer par le sieur Larmée. Les rentes provenant de cette libéralité seront immatriculées, *au nom de l'Etat* (département de la guerre et de la marine et des colonies), avec mention, sur l'inscription, de la destination des arrérages ».

(3) Voir les nombreuses applications de cette règle dans les Notes de jurisprudence (section de l'Intérieur, des Cultes, de l'Instruction

ces administrations peuvent posséder des titres de rente sur l'Etat français n'est pas non plus décisif : sans doute, puisque c'est l'Etat qui est propriétaire, il pourrait considérer sa dette comme éteinte par confusion et rayer ces titres de rente du grand-livre de la Dette publique ; mais dans ce cas il serait obligé, pour respecter l'affectation indiquée par le disposant, d'inscrire chaque année au budget, en faveur du service gratifié, un crédit équivalent au revenu de ces titres (1). S'il juge plus simple de laisser subsister ces titres eux-mêmes, ce n'est là qu'une mesure d'ordre qui ne touche point à la question de personnalité.

publique et des Beaux-Arts), publiées par MM. Reynaud et Lagrange (Melun, 1899), p. 252 et s. On y trouvera l'indication de diverses notes du Conseil d'Etat portant qu'il y a lieu de faire accepter par le ministre compétent des libéralités faites aux Cours d'appels, à l'Administration des monnaies et médailles, à l'Ecole des Beaux-Arts, aux Musées nationaux (avant la loi qui leur a conféré la personnalité civile), à l'Ecole française de Rome, à la caisse des pompiers de Paris, etc... Diverses notes du Conseil d'Etat ont même nettement affirmé l'unité de la personnalité de l'Etat, en modifiant les termes des projets de décret soumis au Conseil et en substituant l'acceptation *au nom de l'Etat* à l'acceptation *au nom du département minis- tériel* qui était proposée (voir les notes du 13 mars 1889 et 13 avril 1892. citées par Tissier, *Dons et legs*, n° 92).

(1) La pluralité des caisses de l'Etat n'entraîne pas non plus une division de sa personnalité (v. ce que nous disons *infrà*, n° 130, de l'individualité financière sans existence juridique propre), et cela alors même qu'entre ces diverses caisses il y a une séparation assez entière pour que le débiteur de l'une ne puisse opposer la compensation tirée de ce fait qu'il est créancier d'une autre caisse. C'est déjà la solution donnée par les commentateurs à propos des *stationes fisci* (V. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, p. 477, n. 12, et les auteurs qu'il cite). Le fait que l'Etat exclut ici la compensation n'entraîne pas plus une division de sa personnalité que le fait d'exclure la confusion des rentes qui lui sont léguées avec affectation spéciale.

Il résulte seulement des arguments présentés par MM. Marquès di Braga et Lyon qu'il est fort difficile d'indiquer un critérium permettant de discerner avec sûreté la personnalité d'un service public, et que les signes d'ordinaire indiqués comme décisifs en ce sens peuvent être trompeurs. Nous essaierons plus loin de dégager les règles à suivre sur ce point. Ici, il y a une considération qui domine toutes les difficultés de détail. L'Etat peut bien démembrer quelques-uns de ses services et leur attribuer une personnalité distincte de la sienne, mais cela ne peut aller jusqu'à faire disparaître sa propre personnalité, qu'il affirme, au contraire, par ces créations mêmes. Or, dans le système proposé, cette personnalité centrale disparaît : la personne qui contracte avec un service public *quelconque* ne contracte plus avec l'Etat, — il n'y a plus d'Etat personne morale, — mais seulement avec le service, et alors son contrat est pour tous les autres services *res inter alios acta.* L'impossibilité d'admettre cette conséquence, la répulsion qu'elle soulèverait dans la conscience juridique, montrent combien est nécessaire aux besoins de la vie sociale l'unité de la personnalité de l'Etat. La jurisprudence ne paraît pas en douter du reste, et admet sans hésiter que la violation d'un contrat passé par un département ministériel engage la responsabilité de l'Etat même lorsqu'elle émane d'un autre département ministériel (1). On doit ajouter que la thèse du démembre-

(1) Voir l'arrêt de la Ch. des req., cité plus haut, du 22 juin 1887, D., 89. 1. 72. Un arrêt du Conseil d'Etat du 9 avril 1898, D., 99. 3. 89 peut paraître à première vue contraire à ce principe. Le Conseil d'Etat refuse une indemnité à un entrepreneur de travaux *militaires* à qui le ministre *de l'Intérieur*, par mesure de police,

ment de la personnalité de l'Etat est condamnée par tous les textes qui organisent cette personnalité. Comme le dit fort bien M. Ducrocq (1), c'est l'Etat, et non les départements ministériels, dont on ne voit jamais l'indication dans nos Codes, que les divers textes ci-dessus cités qualifient de propriétaire, de possesseur, de créancier ou de débiteur, et le législateur ne paraît point avoir soupçonné qu'on puisse attribuer ces divers droits à d'autres qu'à l'Etat lui-même.

111. Le système que nous venons de combattre n'est pas la seule tentative qui ait été faite pour démembrer la personnalité de l'Etat. Le principe de la séparation des pouvoirs, par exemple, a parfois été présenté comme impliquant une personnalité distincte pour chacun des grands pouvoirs de l'Etat (2). Mais c'est le moyen de le rendre inacceptable, et c'est, semble-t-il, parce que les

avait interdit l'emploi d'ouvriers étrangers. L'arrêtiste du recueil de Dalloz paraît attribuer la solution au fait que la mesure avait été prise par un autre département ministériel que celui qui avait passé le contrat. Il suffit de lire l'arrêt pour voir que telle n'est pas la pensée du Conseil d'Etat : il constate seulement que la main-d'œuvre étrangère n'était pas garantie à l'entrepreneur par son contrat. Si cette garantie avait été donnée, l'Etat eût été responsable, malgré la dualité des services impliqués dans l'affaire.

(1) *Loc. cit.*, p. 114.

(2) Kant (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Œuvres, Leipzig, 1868, t. VII) : « Chaque Etat renferme en soi trois pouvoirs, c'est-à-dire la volonté universelle réunie en une triple personne (*trias politica*), § 45 » ; « Les trois pouvoirs de l'Etat sont donc d'abord coordonnés les uns aux autres comme autant de personnes morales, § 48 ». D'après Kant la volonté de ces trois personnes se combine dans un raisonnement pratique unique, dont la loi forme la majeure, le précepte donné conformément à la loi la mineure, et la sentence judiciaire la conclusion. Cpr. Fichte. *Grundlage des Naturrechts* (Œuvres, Berlin, 1845, t. III, p. 159

Allemands ont une certaine tendance à la concevoir sous cette forme que la plupart d'entre eux repoussent, parfois avec une sorte de dédain, cette théorie célèbre comme une erreur qui a fait son temps (1). Ils n'ont pas de peine à démontrer, en partant de ce point de vue,

et suiv.). L'idée de personnalité de chacun des trois pouvoirs découle naturellement de la théorie qui voit dans la *volonté* le fondement du droit subjectif, théorie qui est celle de Kant. Si on introduit dans la définition de la personnalité la notion de l'*intérêt*, on arrive nécessairement à une autre conclusion (v. *infrà*, nº 112). Il va sans dire que les philosophes que nous citons ici n'ont en vue qu'une sorte de personnalité de droit public qui, dans leur pensée ne détruit même pas l'unité de l'Etat; ils n'en concluent nullement que chacun des trois pouvoirs doit posséder un patrimoine distinct.

(1) Laband (*Staatsrecht des deutschen Reiches*, 2e édition, t. I, p. 517, note 3, et trad. franç., t. II, p. 268-269) combat, par exemple, le principe de la séparation des pouvoirs comme ramenant l'acte de volonté de l'Etat, dans la confection de la loi, à un accord entre deux contractants, le monarque et les Chambres. Suivant nous, là où le monarque participe à la confection des lois, il fait lui-même partie de l'organe législatif, et il n'y a pas lieu de parler de contrat entre deux personnes distinctes. Cpr., parmi les Allemands qui repoussent le principe de la séparation des pouvoirs : Gerber, *Grundzüge*, § 7 *in fine* ; Meyer, *Staatsrecht*, § 8, *in fine* ; Gareis, *Allgemeines Staatsrecht*, p. 34 ; Bornhak, *Allgemeines Staatsrecht*, p. 140 et suiv. — M. Otto Mayer (*Deutsches Verwaltungsrecht*, § 6), qui est en Allemagne un des rares défenseurs de ce principe, cite un mot de M. Aucoc à l'Académie des Sciences morales et politiques à propos du concours de 1877 ; M. Aucoc avait dit que les critiques dont le principe est l'objet reposent souvent sur des malentendus. « A ces malentendus, dit M. Mayer, nous livrons une large contribution ; ce que la science allemande repousse avec une telle unanimité, ce n'est pas le principe de la séparation des pouvoirs, mais l'épouvantail que l'on en a fait (*nicht die wirkliche Trennung der Gewalten, sondern der Popanz, den man daraus gemacht hat*, p. 68, note 2) ». V. dans la traduction française de l'ouvrage d'Otto Mayer (*Le droit administratif allemand*, 1903, t. I, p. 84), le complément que l'auteur

qu'un seul Etat en trois personnes implique contradiction, qu'essentiellement l'Etat est un et doit être conçu comme tel. Mais il nous semble qu'en France le principe de la séparation des pouvoirs a été rarement conçu dans le sens qu'ils combattent. Nos publicistes ont bien plutôt tendance à y voir, comme les Allemands eux-mêmes, une simple distribution des fonctions de l'Etat entre des organes divers. L'idée d'une personnalité distincte de chacun des pouvoirs, l'idée de la réunion de ces trois personnes en une seule, la triade ou trinité politique de Kant, ce sont là des conceptions purement métaphysiques, très étrangères aux préoccupations et à la tournure d'esprit de ceux qui ont formulé chez nous le principe de la séparation des pouvoirs. La pensée de Montesquieu et de ceux qui l'ont suivi est toute pratique : les pouvoirs doivent être divisés, parce que la concentration de tous les pouvoirs entre les mains d'un seul homme ou d'un seul corps conduit directement au despotisme. Mais cela n'empêche pas de considérer

a ajouté à cette constatation : « Depuis que ce passage a été écrit, nous dit-il, un revirement paraît s'opérer dans notre doctrine ». Il cite, comme se rattachant aux idées qu'il avait exprimées en 1895 : Auschütz, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt* (1901) et Arndt, dans *Archiv. für offentl. Recht*, t. XV, p. 346, lequel réclame pour lui la priorité de ces idées. Nous constatons avec plaisir ce revirement de la doctrine allemande vers une théorie française, que plusieurs chez nous sont trop portés à abandonner, et qu'il s'agit seulement de bien entendre. M. Duguit, qui a beaucoup médit du principe de la séparation des pouvoirs, y revient par un détour en admettant la distinction des gouvernants et des agents (*L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 362 et s.) ; il voit dans cette distinction une garantie considérable accordée à l'individu. C'est précisément cette même garantie que la doctrine classique française trouve dans la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

tous ces pouvoirs comme appartenant, en dernière analyse, à une personne unique qui est l'Etat (1), et c'est pour cela que les défenseurs les plus éclairés du principe en France ont insisté sur l'idée que les pouvoirs ne pouvaient être entièrement séparés, qu'on devait admettre entre eux une collaboration permanente, afin d'arriver à dégager de ces pouvoirs distincts une volonté unique (2), et que d'ailleurs en cas de conflit l'un des pouvoirs devait nécessairement avoir la prépondérance (3).

112. On n'a pu s'y tromper d'ailleurs que parce qu'on est parti d'une fausse idée sur la nature de la personnalité morale. Si au lieu de voir dans la volonté l'élément essentiel et exclusif du droit subjectif, on l'avait vu dans l'intérêt de l'homme ou du groupe humain auquel le droit profite, on aurait bien vite reconnu qu'aucun des trois pouvoirs ne peut, dans le droit moderne, constituer une personne juridique. Tous représentent l'intérêt collectif du même groupe humain, la Nation, ils sont donc les organes d'une seule personne. Le fait que ce sujet de droit a des représentants plus ou moins nombreux et plus ou moins indépendants les uns des autres ne détruit pas l'unité de sa personnalité. Ces divers représentants nous apparaissent comme autant

(1) Montesquieu dit lui-même, en parlant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, que l'un est la volonté générale de l'Etat et l'autre l'exécution de cette volonté générale (*Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI).

(2) Voir Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs*, p. 142, et les auteurs qu'il cite, notamment le passage de Mounier : « Pour que les pouvoirs soient à jamais divisés, il ne faut pas qu'ils soient entièrement séparés ».

(3) Voir Esmein, *Droit constitutionnel*, 1re éd., p. 291.

d'*organes* de l'Etat ; si leurs attributions sont strictement définies, de manière que chacun d'eux ne puisse empiéter sur les autres, ce n'est pas dans leur propre intérêt, mais dans l'intérêt de l'Etat lui-même. On ne peut donc les considérer comme ayant un *droit subjectif* à la compétence qui leur appartient (1). Aussi, le plus souvent, ne peuvent-ils défendre en justice leur compétence contre les autres organes de l'Etat. Là même où il y a les apparences d'une action en justice de cette nature, on doit l'expliquer, non par un droit appartenant à l'organe, mais par l'utilité que présente pour l'intérêt général, c'est-à-dire pour l'Etat, un débat contradictoire sur la question de compétence.

Parmi nos institutions actuelles, celle qui ressemble le plus à un débat judiciaire entre deux pouvoirs est celle du conflit positif d'attribution. On voit l'autorité administrative, représentée par le préfet, revendiquer pour l'administration la décision d'une affaire pendante devant un tribunal judiciaire et faire juger la question de compétence par le tribunal des conflits, c'est-à-dire par un véritable tribunal statuant avec toutes les formes de la justice. Il serait inexact cependant de considérer le conflit comme un véritable procès entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire. A l'époque où la solution du conflit appartenait au chef du pouvoir exécutif, le Conseil d'Etat déclarait nettement que la décision n'avait pas le caractère d'un jugement, mais celui d'un acte de haute administration (2). Si l'on a créé

(1) V. plus haut, nos 59 et s. l'esquisse générale de la théorie de de l'organe. Nous la développerons, en ce qui concerne l'Etat, dans le second volume de cet ouvrage. V. cependant *infrà*, le n° 112 *bis*.

(2) V. l'avis du Conseil d'Etat du 18 janvier 1821, cité par

depuis lors, pour juger le conflit, un tribunal spécial, c'est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, afin que les parties en cause soient sûres de trouver le juge indiqué par la loi. Mais on ne considère point, devant ce tribunal, les deux autorités en conflit comme deux plaideurs débattant leurs droits en justice : si on le faisait, on devrait permettre à chacune d'elles de poser des conclusions (1); on devrait aussi donner à chacune d'elles, et non pas au préfet seulement, le droit d'élever le conflit. La vérité est que le préfet, quand il soulève ce débat, représente moins l'administration que l'intérêt général de l'Etat, et que le tribunal des conflits, quand il le juge, statue sur une pure question de droit objectif, celle de savoir, entre deux autorités représentant l'une et l'autre l'Etat, quelle est celle qui est compétente d'après la constitution et les lois. La décision a bien aujourd'hui certains caractères d'un jugement, mais seulement ceux qui sont compatibles avec l'idée d'un jugement rendu sur le droit objectif, et non ceux qui sont propres aux jugements rendus, comme c'est le fait ordinaire, entre deux personnes en cause (2).

M. Reverchon, dans le *Dictionnaire de l'Administration française*, de Block, v° Conflit, n° 136.

(1) Le ministre peut présenter des observations, mais ces observations, qui ne sont pas des conclusions, ne suffisent pas à faire considérer l'autorité administrative comme partie en cause Quant à l'autorité judiciaire, elle n'a devant le tribunal aucun représentant chargé de défendre ses droits. C'est seulement dans la composition même du Tribunal qu'on a cherché à la représenter, de manière à arriver à la meilleure solution *objective* du litige. — Cpr. sur le caractère de la lutte de compétence qui se produit devant le tribunal des conflits. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 515 et suiv. V. aussi Jellinek, *System der subject. offentl. Lehre*, p. 221 et s., et *Allgem. Staatslehre*, p. 512-513.

(2) Cpr. Reverchon, *loc. cit.*, n° 159. — On sait d'ailleurs que

112 *bis*. Toutefois la théorie qui nie la personnalité de l'organe considéré en lui-même n'est point incompatible, nous l'avons vu (1), avec l'existence d'un *droit à la qualité d'organe* existant dans la personne de l'individu qui est investi de ce rôle. Cela existe toutes les fois que la qualité d'organe est reconnue à cet individu, non dans l'intérêt de la collectivité qu'il est appelé à représenter, mais dans son propre intérêt. A nos yeux, cela existe à l'égard d'organes qui jouent dans l'Etat moderne un rôle très important, nous voulons parler des *électeurs* (2).

Notre régime politique actuel est basé sur l'idée de souveraineté nationale, et de représentation du peuple par un parlement qui a dans l'Etat un pouvoir prépondérant. Cette notion, d'ordre tout politique, ne doit pas être traduite juridiquement, comme on a longtemps cherché à le faire, par l'idée d'une nation-personne, qui serait distincte de la personne Etat, et qui donnerait mandat à ses représentants pour gouverner en son nom (3). La

si les deux autorités ne sont pas parties en cause, on ne doit pas non plus considérer comme telles les personnes qui étaient en cause dans le procès à l'occasion duquel le conflit a été soulevé. Ces personnes peuvent présenter des observations mais non poser des conclusions ; elles n'ont aucune voie de recours contre la décision, qui n'est jamais considérée comme rendue par défaut ; elles ne peuvent pas récuser un membre du tribunal, etc. Nous n'avons pas à insister ici sur cet ordre d'idées.

(1) Ci-dessus n° 64 *bis*.

(2) Cela existe aussi, au profit du Monarque, dans certains régimes monarchiques.

(3) Cette théorie de la nation-personne donnant mandat au gouvernement, ou lui déléguant la souveraineté est pourtant une théorie classique. C'est en la prenant comme point de départ qu'on a discuté sur le caractère de cette délégation, tantôt la considérant comme

nation n'a en effet aucune existence juridique distincte; l'Etat n'est que la nation elle-même (la collectivité), juridiquement organisée; et il est impossible de comprendre comment celle-ci pourrait être conçue comme un sujet de droit distinct de l'Etat. Ce serait également une erreur de voir dans la nation un *organe* de l'Etat; n'étant pas distincte de la collectivité, elle ne peut pas plus être un organe de cette collectivité qu'elle ne peut être une personne (1). En réalité ce sont les *électeurs*, orga-

une simple commission, tantôt déclarant la souveraineté aliénable en sorte que le roi, délégué par la nation est investi d'un pouvoir propre qui peut s'opposer à celui de la nation. V. sur ces diverses théories, de Vareilles-Sommières, *Les principes fondamentaux du droit*, p. 274 et s. Rousseau, qui est le partisan le plus convaincu de la souveraineté inaliénable de la nation, admet nettement la dualité de la nation et du gouvernement : « Nous avons ici, dit-il, deux personnes morales bien distinctes, savoir : le gouvernement et le souverain, et deux volontés générales très distinctes, l'une par rapport à tous les citoyens, l'autre seulement pour les membres de l'Administration (*Contrat social*, L. III, ch. V) ». M. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 57 et s., montre bien la genèse de ces doctrines dualistes. Elles ont pour objet de traduire juridiquement le fait de la souveraineté nationale, c'est-à-dire le fait que l'ensemble des citoyens participent à la direction du pays. Mais elles n'ont pas la précision nécessaire à une doctrine juridique.

(1) Jellinek (*Allgem. Staatslehre*, p. 533 et s.), tout en admettant avec l'opinion générale (v. la note suivante), que l'élection est un choix, un procédé de sélection, et non un mandat, a une conception particulière du rôle que joue le *peuple* (*das Volk*), dans les constitutions où existent des élections populaires. Pour lui le peuple est dans ces constitutions, un organe *primaire* de l'Etat qui nomme un organe *secondaire*, lequel est en réalité chargé d'exprimer dans le gouvernement la volonté de l'organe primaire dont il émane. Il se flatte par là d'exprimer juridiquement le lien qui existe entre l'organe créateur et l'organe créé, lien qu'il reproche à la théorie dominante de négliger entièrement : il est impos-

nisés en collèges électoraux, qui sont les organes de l'Etat. Ils forment un organe *collégial*, c'est-à-dire constitué de telle sorte que leur volonté individuelle n'a de valeur que lorsqu'elle est combinée, suivant certaines règles, avec la volonté individuelle des autres personnes formant avec eux le collège électoral.

Il résulte de cette conception que l'élection n'est pas un mandat donné par les électeurs. Elle est seulement un *choix*, un *procédé de sélection* (1), imaginé pour

sible d'après lui, de donner la même expression juridique à la situation de membre d'une chambre haute, désigné par sa naissance ou par le chef de l'Etat, et à la situation de membre d'une chambre populaire. Le premier n'est pas chargé, comme le second, de faire prévaloir dans le gouvernement les vues du peuple ; et, cette différence, il faut que la théorie juridique l'exprime sous peine de n'être qu'une théorie purement formelle, vide de toute signification sérieuse. Mais, répondons-nous, si la théorie juridique n'exprime pas cette différence, c'est parce qu'elle n'existe pas au point de vue juridique ; c'est une simple différence *de fait*, qui n'amène pas de conséquences *de droit* ; le membre de la Chambre des députés, une fois nommé est aussi indépendant de ses électeurs, au point de vue juridique, que s'il avait été nommé par le chef de l'Etat ou désigné par sa naissance ; ses électeurs n'ont sur lui qu'une influence indirecte, résultant principalement du droit qu'ils ont de ne pas le renommer ; mais cette influence ne touche en rien aux rapports juridiques qui résultent de l'élection ; elle ne modifie pas la situation de l'élu, tant que cette situation subsiste. La théorie juridique n'a donc pas à en tenir compte. La conception de Jellinek se heurte d'ailleurs à cette difficulté que le peuple, masse amorphe et indéterminée, ne peut pas plus être un organe qu'il ne peut être une personne morale distincte de l'Etat. L'organe est l'être chargé de vouloir et d'agir pour la personne morale ; ce ne peut être qu'une personne physique ou une personne morale qui, dans ce cas, voudra pour la personne morale dont elle est l'organe, comme elle veut pour elle-même, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une personne physique.

(1) Cette notion de l'élection autrefois très méconnue en France est devenue courante dans la littérature juridique. V. notamment

donner à l'Etat une représentation capable de pourvoir aux besoins auxquels il doit satisfaire. Elle est déjà un acte de volonté de l'Etat, qui, au moyen d'organes primaires (les électeurs réunis en collège), se crée, conformément à sa Constitution, un organe secondaire (la Chambre ou assemblée quelconque provenant de l'élection). L'organe primaire n'a d'ailleurs pas d'autre compétence que celle de voter ; il ne représente l'Etat que dans cet acte, et dans nul autre.

Il résulte encore de cette théorie que le député ne représente pas seulement sa circonscription électorale, mais qu'il est l'organe de la collectivité nationale tout entière. Cette règle, qui est certaine en droit positif (1), est inexplicable avec la théorie de la représentation ou du mandat, à moins de recourir à la fiction ; elle est au contraire toute simple avec la théorie de l'organe.

Mais il ne résulte pas de cette théorie que le droit électoral ne puisse pas être regardé comme un droit pour l'électeur et qu'il soit pour lui un simple effet réflexe du droit objectif (ou, ce qui est la même chose, du droit subjectif de la collectivité). Les procédés admis dans une constitution donnée pour organiser les

les remarquables articles d'Orlando, dans la *Revue du droit public,* t. III, 1895, p. 1 et s. ; et les *Principes du droit public et const.* du même auteur, trad. française, p. 99 et s. V. aussi Jellinek, *Allg. Staatslehre*, p. 531. Gierke, dans *Schmoller Jahrbuch*, 1883, p. 1142. Laband, *Le droit public de l'empire allemand*, trad. franç., t. I, p. 442 et s. Pour la France, Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, p. 547 et s.

(1) V. Esmein, *Droit constitutionnel*, 1re éd., p. 184 et s. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 172 et s. Const. de 1791, titre III, section 3, ch. I, art. 7. De la même théorie découle aussi la prohibition du mandat impératif qui se trouve dans la plupart de nos constitutions.

pouvoirs publics ont en effet pour objet de faire prévaloir, dans le Gouvernement les influences que les auteurs (conscients ou inconscients) de cette Constitution ont voulu rendre prépondérantes. Si ces auteurs sont imbus de la théorie politique de la souveraineté du peuple, ils auront combiné les procédés de manière à assurer l'influence à la masse des citoyens, et non à une catégorie d'entre eux, à un individu ou à une famille. C'est ici que la théorie juridique rejoint la théorie politique. L'organisation du suffrage universel a pour objet de faire pénétrer dans le domaine juridique (autant que cela est possible) le principe politique de la souveraineté du peuple. Le droit reconnu aux électeurs leur est donc reconnu *dans leur propre intérêt*, pour qu'ils puissent faire triompher dans le Gouvernement, leurs idées et leurs désirs. Au fond cet intérêt bien compris, ne se distingue pas d'ailleurs de celui de la collectivité elle-même, là où les électeurs sont choisis de telle sorte qu'ils forment la collectivité tout entière, ou que du moins ils s'inspirent nécessairement des besoins de cette collectivité. Mais il est logique, à ce point de vue, de considérer le droit de vote comme un véritable droit pour eux, puisqu'il est un pouvoir qui leur est accordé pour défendre leurs intérêts ; et c'est en effet comme un véritable droit personnel qu'il est sanctionné par toutes les législations modernes. Cela ne tranche d'ailleurs pas la question de savoir dans quelle mesure ce droit doit être placé hors de l'atteinte l'Etat-législateur, question que nous ne pourrons examiner qu'en étudiant le droit de souveraineté de l'Etat.

113. Dans la conception de l'Etat, telle qu'elle est exposée ci-dessus, la puissance publique est considérée comme

appartenant à un sujet de droit qui est l'Etat, c'est-à-dire la *collectivité nationale organisée*. Si cet Etat est souverain, c'est-à-dire s'il exerce avec une entière liberté ses droits de puissance publique, on peut désigner l'ensemble de ces droits du nom de souveraineté. Mais, même dans ce cas, ces droits ne doivent pas être conçus comme illimités. Ils sont limités par la nature même de la personnalité de l'Etat, qui n'est que la représentation des intérêts collectifs de la nation, intérêts collectifs qui sont à la fois la *base* et la *limite* de son pouvoir.

Le droit de commander en effet ne peut se justifier que de ce point de vue. L'homme ne peut être obligé de plier sa volonté sous celle d'un homme comme lui, dont les intérêts n'ont rien de supérieur aux siens. Il peut au contraire être obligé de s'incliner devant les intérêts supérieurs de la collectivité à laquelle il appartient, parce que cette collectivité, voulue de Dieu, a besoin pour remplir sa fin, c'est-à-dire pour pourvoir au bien commun, d'avoir le droit de commander. Mais aussi ne peut-elle commander qu'en vue de l'intérêt collectif dont elle a la garde, en vue du bien commun; au delà de cette limite, elle n'a plus de droit, et ses commandements n'ont plus qu'une valeur de fait (1).

(1) Cette théorie du droit de commander dépasse le champ de la science expérimentale pour faire appel à une idée transcendante. Cela est nécessaire à nos yeux pour faire du pouvoir quelque chose de plus qu'un simple fait de plus grande force. Toutes les écoles spiritualistes sont d'accord sur ce point. La théorie ici indiquée est notamment celle de saint Thomas-d'Aquin. *Somme théol.*, II, 1, quest. 96, art. 4. V. Chénon, *Théorie catholique de la souveraineté nationale*, 1898, p. 7. En traitant des droits des personnes morales, nous serons obligés de revenir sur cette théorie que nous ne faisons ici qu'indiquer.

Sans doute, l'Etat souverain est sur le territoire qui lui appartient, *la plus haute autorité*, et par conséquent a tous les pouvoirs, non seulement en ce sens que personne n'a la force matérielle pour lui résister, mais aussi en ce sens que les règles de droit par lui acceptées s'imposent à toutes les autorités qui fonctionnent comme ses organes. Celles-ci ne peuvent prétendre à le représenter lorsqu'elles se mettent en contradiction avec lui. Mais la conscience individuelle conserve le droit de résistance à tout ordre dépassant le droit de commander tel qu'il est déterminé par la fin de l'Etat; et, même en fait, l'Etat ne peut impunément violer trop fréquemment ou trop scandaleusement les droits de l'individu sans s'exposer à n'être plus obéi.

Quels sont les intérêts collectifs dont la satisfaction est à la fois le fondement et la limite des droits de l'Etat? C'est là une question à laquelle on ne peut répondre qu'en traitant à fond la théorie des fins de l'Etat, c'est-à-dire une théorie qui sortirait de notre cadre, et qui est trop complexe pour que nous puissions le traiter incidemment. Historiquement la réponse a varié avec les divers degrés de culture et le caractère des peuples. Philosophiquement elle doit varier avec les divers systèmes philosophiques sur la destinée de l'homme. Mais dans tout Etat la limite théorique des droits de l'Etat coïncide avec la limite des sacrifices que l'intérêt collectif peut demander à l'intérêt privé, telle qu'elle est déterminée par l'opinion générale de la nation.

114. Les idées qui viennent d'être esquissées répondent d'elles-mêmes à une objection que l'on a faite parfois à la théorie de la personnalité de l'Etat. On l'a présentée comme conduisant à l'idée de souveraineté

illimitée, et amenant par là, soit la négation du droit de l'individu, soit tout au moins l'aggravation du conflit inévitable entre les droits de l'individu et les droits de la collectivité : « Gardons-nous, dit par exemple M. Berthélemy (1), d'assimiler à une personne l'Etat qui commande, car nous construirions par cette nouvelle fiction un être formidable, nullement pareil aux êtres qui nous entourent, un monstre dont nous ne pourrions ni limiter les prétentions ni modérer l'omnipotence ». Ces lignes, qui évoquent à nos yeux la redoutable figure du Léviathan de Hobbes, ne sont que l'expression la plus précise d'une crainte que l'on trouve exprimée plus ou moins nettement dans beaucoup d'autres auteurs (2).

Cette crainte ne serait vraiment fondée que si nous faisions de l'Etat un *être mystique*, une personnalité indépendante des individus qui la composent, et ayant ses fins propres autres que les intérêts collectifs de ses membres. Conçue comme la simple représentation juridique du droit collectif, l'idée de personnalité de l'Etat ne contient en elle-même le germe d'aucun développement exagéré de la puissance publique. Elle aide au contraire à la limiter en montrant quelle est sa vraie raison d'être, et aussi en la soumettant aux procédés habituels de la méthode juridique. L'idée que la puissance publique est un droit appartenant à un sujet et que ce sujet n'est autre que la

(1) *Revue du droit public*, t. 21, p. 213.

(2) V. p. ex. Menger, *L'Etat socialiste*, trad. Adler, p. 227. « Prêter à l'Etat une sorte de vie personnelle propre, c'est opérer une coupure entre l'Etat d'une part, et de l'autre les individus dont il est composé et les fins de ces individus, et c'est faire de lui une entité particulière ayant ses fins à elle et ses aspirations propres ». Menger explique par là le fait qu'on ait fait servir l'Etat à l'intérêt des groupes sociaux les plus puissants et non à l'intérêt de tous.

collectivité nationale, ne répond pas seulement aux exigences logiques de notre esprit ; elle nous permet d'appliquer à ce sujet de droit des règles analogues à celles qui régissent les autres sujets de droit, en tenant compte seulement de ce fait qu'il a des droits plus étendus à raison de la mission qui lui est propre. C'est la seule manière d'établir un lien entre le droit public et le droit privé, et de faire participer le premier des progrès accomplis par le second.

M. Duguit a donné à l'objection que nous venons de signaler une tournure particulière en considérant l'idée de souveraineté comme liée intimement à l'idée de personnalité, et en essayant de démontrer que la souveraineté ne peut se concevoir que comme un droit absolu, sans restriction et sans limites. Pour lui l'Etat, si on le qualifie de souverain, ne peut être soumis à aucune règle, et il lui est même impossible de s'y soumettre volontairement, car il ne peut abdiquer sa souveraineté : « Si l'Etat a la souveraineté, nous dit-il (1), il est une puissance commandante créatrice du droit, une personne investie de l'*Herrschaft,* il garde toujours ce caractère. Il a ou il n'a pas ce caractère ; s'il le possède il le conserve toujours ; le rapport qui naît entre l'Etat et une autre personnalité ne peut jamais être un rapport de deux contractants, et sera toujours un rapport de supérieur à subordonné. Il en résulte logiquement que les conventions internationales ne sont pas obligatoires, qu'il n'y a pas de droit international, que dans les rapports entre nations tout doit être laissé à la force ; et que, en droit public interne, les contrats d'Etat sont obligatoires

(1) *L'Etat, le droit objectif et la loi positive,* p. 383 et s.

pour le particulier qui les consent, mais non pour l'Etat ».

Cette conception de la souveraineté de l'Etat est tout à fait exagérée ; on peut admettre un Etat souverain soumis au droit, cela résulte déjà de la notion que nous avons donnée plus haut du droit de commander, et nous essaierons de le démontrer plus complètement en étudiant l'étendue des droits des personnes morales. Mais ce n'est pas le lieu d'insister sur ce point. Ce que nous devons faire observer seulement, c'est que l'objection est sans valeur en tant qu'elle s'adresse à la théorie de la personnalité ; car personnalité de l'Etat et souveraineté de l'Etat sont deux idées très distinctes, comme suffit à le démontrer la possibilité d'Etats non souverains.

115. *Les services publics personnalisés.* — Les explications précédentes nous paraissent suffisantes pour mettre en relief l'unité de la personnalité de l'Etat. Mais cette unité ne fait point obstacle à ce que l'Etat détache lui-même certains services publics, et les dote d'une personnalité propre. Les services publics personnalisés abondent dans notre législation et ne sont inconnus d'aucune législation actuelle. Ils se ramènent facilement, comme on va le voir, aux principes généraux sur la personnalité morale, et par conséquent leur création n'est pas un acte purement arbitraire, bien que l'Etat y ait un large pouvoir d'appréciation.

Pour qu'un service public puisse être considéré comme une personne morale distincte de l'Etat, il lui faut, comme à toute personne morale, une organisation suffisante pour dégager une volonté capable de le représenter sur la scène du droit. C'est la condition *de forme*

à laquelle est subordonnée la création de toute personne morale. Théoriquement l'Etat peut doter n'importe lequel de ses services de l'organisation nécessaire pour que cette condition soit remplie. Il n'est pas besoin pour cela que cette organisation soit rationnelle, ni même conçue de façon à correspondre exactement aux besoins du service. Il suffit qu'elle existe, et que le service puisse, toutes les fois qu'il le faudra, avoir un représentant. En fait, certaines personnes morales n'ont qu'une organisation tout à fait rudimentaire : la personne morale des pauvres, qui est traditionnellement reconnue dans notre droit, n'a point d'organe qui lui soit propre ; elle emprunte, suivant les cas, les représentants de diverses autres personnes morales (1) ; on la considère cependant comme suffisamment organisée, parce que, dans tous les cas où cela est utile, la loi lui désigne directement ou indirectement, un représentant. De même la section de commune n'a pas, en règle générale, d'autres organes que ceux de la commune elle-même (2), et cependant sa personnalité morale n'est pas douteuse. C'est que la condition dont il s'agit est une condition de pure forme, qui ne touche pas au fondement intime du droit. Elle existe toutes les fois que l'on a assuré à la personne morale une représentation par un procédé quelconque.

Mais pour qu'un service public constitue véritablement une personne juridique distincte de l'Etat, une autre condition est nécessaire, condition qui résulte de la notion même de personne, telle que nous avons essayé

(1) On peut, il est vrai, contester, avec raison suivant nous, qu'il s'agisse là d'une véritable personne morale. V. *suprà*, p. 187, n. 2.

(2) Sauf dans divers cas spéciaux, indiqués notamment aux articles 111 et 128 de la loi municipale.

de la dégager (1). C'est qu'il corresponde à un groupe d'intérêts collectifs et permanents, distincts de ceux de l'Etat lui-même.

Sans doute, en fait, l'Etat pourrait déclarer que n'importe lequel de ses services — celui de la police générale, par exemple, ou celui de l'armée, ou celui de la gestion de ses domaines — sera érigé en personne morale distincte. Il lui attribuerait un patrimoine, un budget, une représentation spéciale. Il lui donnerait ainsi toutes les apparences de la personnalité, non la personnalité elle-même ; ce serait une pure fiction, l'organisation d'un mécanisme administratif, que l'Etat pourrait supprimer dès qu'il le voudrait sans violer aucun droit acquis. La fiction disparaîtrait d'elle-même si le service se trouvait en déficit, ou au contraire faisait des bénéfices périodiques et durables : dans le premier cas, l'Etat serait obligé de lui venir en aide ; dans le second, il se déciderait bien vite à lui ordonner de verser ses excédents au budget général. Tant qu'elle durerait, la fiction pourrait produire certains effets juridiques, par exemple empêcher qu'on n'oppose à l'Etat la chose jugée contre ce service, ou une cause de compensation résultant de la dette née de ce service ; elle pourrait assurer à ce dernier une représentation distincte en justice ; mais il serait étrange qu'elle pût aller jusqu'à lui permettre de plaider contre l'Etat lui-même et d'invoquer contre lui un droit au sens propre du mot. Enfin, si l'Etat se décidait à reprendre lui-même la gestion confiée à cette prétendue personne morale, il y consacrerait les crédits qu'il jugerait nécessaires et ne serait nullement obligé de

(1) *Suprà*, nos 53 et s.

respecter l'affectation des biens qu'il lui avait attribués. Les services de ce genre, malgré toute déclaration contraire, sont toujours au fond l'Etat lui-même ; ils intéressent au même degré le groupe national tout entier, et c'est ce groupe qui reste, en ce qui les concerne, le véritable sujet de droit, quelle que soit l'organisation adoptée.

Il en est autrement lorsqu'il s'agit de services qui, tout en présentant un intérêt général justifiant leur classement comme services publics, intéressent d'une manière spéciale un groupe plus restreint que la Nation elle-même. Il y a dans ce cas un groupe humain ayant des intérêts collectifs et permanents qui sont distincts de ceux de l'Etat et peuvent parfois lui être opposés. Cela peut se produire de deux manières : ou bien il s'agit de *groupes territoriaux*, c'est-à-dire de la population présente et future établie sur certaines fractions du territoire de l'Etat, ou bien il s'agit de *groupes spéciaux*, c'est-à-dire de l'ensemble des personnes présentes et futures intéressées à un service dont le reste de la population ne bénéficie pas d'une manière directe (par exemple les pauvres pour un service d'assistance, les membres d'une confession religieuse pour un service du culte, etc.). Dans le premier cas, on a ce que l'on peut appeler une *personne territoriale* ; dans le second, ce que la doctrine française s'accorde aujourd'hui à désigner du nom d'*établissement public*. Nous allons étudier successivement la création de ces deux catégories de services publics personnalisés.

116. A. *Les personnes territoriales*. — Les groupes territoriaux doués de personnalité sont, dans notre organisation française actuelle, les communes, les départe-

ments et les colonies. Les premières ne doivent pas, historiquement, leur formation à l'Etat ; ce sont des groupes qui se sont organisés spontanément, bien avant la constitution des grands Etats actuels, par suite des besoins communs nés du rapprochement des habitations. Mais l'Etat moderne ne les a pas considérés comme de simples associations privées et ne s'est pas borné à les réglementer, il les a fait entrer dans les cadres de son administration et a considéré leurs services comme de véritables services publics. — Quant aux départements et aux colonies, ils doivent leur origine à l'Etat, qui y a vu d'abord des circonscriptions de son territoire, mais qui, en outre, a, par des dispositions expresses ou implicites, reconnu leur personnalité. Il est clair qu'en faisant cela il a fait un acte en partie arbitraire : c'est par de simples considérations d'opportunité et de bonne administration, et non par des considérations d'ordre juridique, que le législateur de 1838, par exemple, a été conduit à conférer la personnalité juridique au département et à la refuser à l'arrondissement (1). C'est par des

(1) On sait que le département n'avait pas été considéré comme personne civile lors de sa création en 1790. En l'an VIII, on pouvait encore le considérer comme une pure circonscription administrative de l'Etat ; le Code civil le passe entièrement sous silence, alors qu'il nomme dans plusieurs articles, l'Etat, les communes et les établissements publics. Le germe de sa personnalité doit être cherché, d'après l'opinion générale, dans les deux décrets du 9 avril 1811 et du 16 décembre 1811 qui, dans le but de décharger le budget de l'Etat des dépenses d'entretien, transfèrent au département la propriété de certains édifices publics et de certaines routes. Une loi du 16 juin 1824, art. 7, reconnaissait aussi implicitement au département la faculté de recevoir des dons et legs. Mais ces textes étaient ambigus pour les mêmes raisons que les textes qui donnent à certains services publics spéciaux des avantages analogues ; on



considérations politiques qu'en 1790 il a détruit la province et créé le département. Mais quelle que soit la part de l'arbitraire dans les créations de ce genre, elles correspondent toujours à un groupement effectif et sérieux, celui de la population établie sur un territoire déterminé. Le législateur doit chercher, autant que possible, à établir ce groupement en tenant compte des traditions, et aussi des affinités historiques, géographiques, ou ethnographiques des populations dont l'ensemble constitue la nation; c'est là une condition de vitalité pour les personnes auxquelles il donne le jour; c'est aussi une condition de bonne organisation pour l'Etat lui-même. Mais alors même que son œuvre à ce point de vue serait imparfaite, sa création juridique serait pourtant dotée de tous les éléments essentiels; elle remplirait les conditions nécessaires pour qu'il existe une véritable personnalité morale.

La reconnaissance de la personnalité de ces groupes n'est faite qu'implicitement par la loi; elle résulte des dispositions diverses qui leur permettent de gérer directement leurs propres intérêts collectifs et de posséder un patrimoine (1). Les intérêts collectifs de ces groupes

pouvait se demander si le département n'était pas, dans tout cela, un simple organe de l'Etat. Aussi la personnalité du département resta controversée jusqu'en 1838. C'est seulement la loi du 10 mai 1838 qui la rendit incontestable, en organisant la gestion de ses biens d'une manière autonome et en rendant certain pour tous son droit de propriété. Le législateur, au contraire, se refusa à cette époque à reconnaitre la personnalité de l'arrondissement, qui était, elle aussi, contestée, et qu'on pouvait soutenir presque par les mêmes arguments que celle du département; car le décret du 9 avril 1811 lui avait aussi concédé la propriété de certains édifices.

(1) Les doutes prolongés auxquels a donné lieu la personnalité

territoriaux, bien que distincts de ceux de l'Etat ne peuvent en être entièrement séparés ; c'est de ces groupes, en effet, que l'Etat est composé, et il ne peut lui être indifférent qu'ils soient dans une situation prospère ou dans une situation mauvaise. De là l'intime union entre leurs intérêts et ceux du groupe national, union qui a pour conséquence de faire élever au rang de services publics les services organisés par eux. Il résulte de là que leur personnalité n'appartient pas uniquement au droit privé ; elle a, comme celle de l'Etat, une double face. Ils ont des droits de puissance publique : droit d'imposer à leurs membres des contributions ayant tous les caractères de l'impôt, droit de gérer leurs finances dans les conditions propres aux finances publiques, droit d'exécuter leurs travaux d'après les règles des travaux publics, droit d'exercer sur leur territoire un pouvoir de police (1). Ils ont aussi des droits patrimoniaux, analogues à ceux des particuliers ; ils peuvent être proprié-

du département montrent que ce procédé n'est pas sans inconvénient. Le législateur arriverait plus sûrement au but en déclarant expressément que le groupe a la personnalité morale. Nous verrons, à propos des établissements publics, le même inconvénient devenir plus visible. — Les textes qui renferment la concession implicite de personnalité sont aujourd'hui, pour le département, la loi du 10 août 1871, et pour la commune, la loi du 5 avril 1884. Pour les colonies, voir les divers textes cités par Tissier. *Dons et legs*, nos 123 et suiv. ; ce sont des textes établissant les conseils généraux des colonies ou les conseils coloniaux et leur donnant le droit d'administrer les biens de la colonie. En outre, pour l'Algérie, la loi du 19 décembre 1900 a reconnu *expressément* la personnalité civile. — Une loi est d'ailleurs en principe nécessaire pour créer une personnalité de droit public ; un acte du pouvoir administratif n'y suffirait pas. V. *infra*, no 125.

(1) Ce dernier droit paraît n'être accordé chez nous qu'à la commune.



taires, créanciers, débiteurs, etc. Pour eux, comme pour l'Etat, ces divers droits sont inséparables les uns des autres et doivent être considérés comme appartenant à une personne morale *unique*. C'est pour cela, par exemple, que la commune, comme l'Etat, peut être, au moins dans certains cas, rendue responsable sur son patrimoine des actes qu'elle accomplit dans l'exercice de son pouvoir de police.

117. La personnalité ainsi créée n'est pas une pure fiction. Elle a un substratum solide, le groupe humain établi sur le territoire, groupe qui a des intérêts collectifs et permanents, distincts de ceux de l'Etat. Aussi pourra-t-elle produire des effets sérieux. Ce groupe aura un patrimoine réellement distinct de celui de l'Etat, et non pas seulement séparé de lui par un artifice juridique. S'il s'appauvrit, l'Etat ne sera pas obligé de lui venir en aide ; s'il s'enrichit, il n'aura pas le droit de mettre la main sur ses excédents de recette ; il ne sera pas indifférent à sa prospérité ou à sa ruine, mais il n'en sera pas nécessairement solidaire, et les créanciers du service local devront savoir qu'ils n'ont pour gage que les ressources du groupe territorial et non les ressources inépuisables de l'Etat. D'autre part ce même groupe pourra, par ses représentants légaux, défendre ses intérêts en justice non seulement contre les tiers, mais contre l'Etat lui-même. Dans le domaine du droit privé, c'est chose courante et sur laquelle il est inutile d'insister. Mais même dans le domaine du droit public le phénomène se produit, et nous voyons tantôt ces collectivités locales elles-mêmes, tantôt leurs représentants, défendre contre la puissance publique de l'Etat, par des voies contentieuses, la portion de puissance publique et

de gestion publique qui leur appartient. Ainsi tout d'abord la commune peut attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir le décret qui la supprime (1), quoique ce décret de suppression ne porte pas atteinte à la propriété du groupe sur les biens patrimoniaux, et ne concerne en réalité que la commune *administrative*. Ainsi encore la commune peut introduire des recours pour excès de pouvoirs contre divers actes de l'autorité administrative dans lesquels elle a, non un intérêt pécuniaire, mais un simple intérêt de bonne organisation ou de bonne gestion de ses services : sectionnement électoral irrégulier (2), décret nommant un fonctionnaire d'ordre communal, tel qu'un officier de sapeurs-pompiers (3), arrêté ou décret suspendant ou révoquant le maire (4). Ainsi encore elle peut *intervenir* dans des recours pour excès de pouvoirs dirigés contre des actes de police de son maire, non seulement lorsque le maintien de ces actes a pour elle un

(1) Conseil d'Etat, 18 mai 1888, D. 89. 3. 83. Le Conseil d'Etat a jugé cette solution si nécessaire qu'il a passé pour l'admettre pardessus un argument qui, au point de vue de l'interprétation stricte du texte, n'est point sans valeur ; celui qu'on peut tirer, contre l'action de la commune, de l'article 9 de la loi de 1884, qui répute le conseil municipal *dissous de plein droit* par suite de l'acte qui supprime la commune, et qui paraît ainsi rendre impossible toute délibération ultérieure de ce conseil.

(2) Conseil d'État, 24 juillet 1903, S. 1904, 3, 1. D. 1904. 3. 112.

(3) Conseil d'État, 14 février 1902, D. 1903, 3, 62 (commune de Briare). (Dans l'espèce le recours est déclaré non recevable à raison de l'expiration du délai).

(4) Conseil d'État, 6 avril 1900 (Commune de Járgeau) D. 1901. 3. 74. (Dans l'espèce, le recours est rejeté par le motif que la suspension du maire était régulière et que l'appréciation des *motifs* de cette suspension n'était pas susceptible d'être susceptible d'être soumise au Conseil d'Etat par la voie contentieuse).

intérêt pécuniaire, mais souvent aussi lorsqu'il intéresse seulement les services publics dont elle a la charge (1). Dans tous ces cas, c'est la collectivité qui est admise à agir ou à intervenir pour défendre le pouvoir de ses organes.

Dans d'autres cas, ce sont ces organes eux-mêmes qui agissent, mais, croyons-nous, dans l'intérêt de la collectivité qu'ils représentent et non dans leur intérêt propre. Le conseil municipal, par exemple, par l'intermé-

(1) Sur ce point la jurisprudence du Conseil d'État présente encore beaucoup d'incertitude, le Conseil d'État cherchant, comme le dit M. Hauriou (*Droit adm.*, 5ᵉ éd., p. 204), « à élaborer une distinction entre les intérêts qui justifient l'intervention de la personne administrative et ceux qui ne la justifient pas » (V. aussi les observations de M. Jèze, dans *Revue du Droit public*, t. XXI, p. 266). Toujours est-il qu'il a déjà admis souvent l'intervention de la commune dans des cas où elle avait au maintien de l'acte un simple intérêt de service public, et non un intérêt pécuniaire. Ex. 13 mai 1898 (D. 99. 3. 74) : ville admise à intervenir dans un recours pour excès de pouvoir contre un arrêt de son maire réglant les conditions dans lesquelles les propriétaires doivent conduire dans les égouts les eaux pluviales et ménagères, ainsi que les matières provenant des cabinets d'aisance ; 27 janvier 1899 (Lebon, p. 54) : ville admise à intervenir dans un recours dirigé contre un arrêté de son maire ordonnant la démolition d'un édifice menaçant ruine ; 24 février 1899 (Lebon, p. 155) : ville de Paris admise à intervenir dans un recours dirigé contre un arrêté du préfet de la Seine imposant aux loueurs de voitures de place un tarif et un compteur ; 4 mars 1904 (*Revue du droit public*, t. XXI, p. 263) : ville admise à intervenir dans le recours dirigé contre un arrêté préfectoral ordonnant la fermeture d'un établissement dangereux incommode ou insalubre dans la commune.

Dans des espèces assez semblables, le Conseil d'État a cependant refusé à la commune le droit d'intervenir, sans qu'il soit bien facile d'indiquer le motif de la différence : 18 mars 1898 (Noualhier, D. 99. 3. 72) ; 17 novembre 1899 (Teste et Cuminghe, D. 1901. 3. 10) ; 27 janvier 1899 (D. 1900. 3. 44) ; 25 janvier 1901 (Juot, D. 1902. 3. 35).

diaire du maire, pourra se pourvoir devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux contre l'arrêté du préfet qui annulerait, en dehors des cas prévus par la loi, une de ses délibérations (Loi du 5 avril 1884, art. 67), ou encore contre le décret ou l'arrêté qui prononcerait sa dissolution ou sa suspension sans observer les formes légales (1). Le maire pourra déférer au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir les arrêtés du préfet faisant obstacle à l'exercice de ses attributions (2). Si les conseils généraux n'ont pas de recours contre le décret annulant une de leurs délibérations, cela tient uniquement à ce que ce décret est déjà lui-même une décision quasi-contentieuse (3). Tout cela montre bien que la personnalité n'est plus ici une simple fiction, mais qu'un véritable sujet de droit a été créé, capable de se défendre, tant qu'il subsiste, contre les atteintes de l'Etat lui-même, au moins dans les cas où l'Etat n'observe pas certaines formes précisées à l'avance. Dans tous ces cas, l'action donnée au groupe n'est pas, il est vrai, l'action en justice qui sanctionne d'ordinaire les droits subjectifs ; c'est le recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire une action habituellement admise dans l'intérêt

(1) Conseil d'État, 10 mars 1864. D. 64. 3. 26. — Conseil d'État, 28 novembre 1891. *Revue générale d'Administration*, 92, t. I. p. 46. — Mais le Conseil d'Etat au contentieux ne peux apprécier les motifs de la dissolution ou de la suspension que la loi a abandonnés à l'appréciation discrétionnaire de l'autorité supérieure.

(2) Conseil d'État, 8 décembre 1893. D. 94. 3. 87. — 10 mars 1893 (Maire de Lyon). D. 94. 3. 40. — 6 avril 1900 (commune de Jargeau) D. 1901. 3. 74.

(3) V. sur ce point les explications de M. Hauriou : *Les éléments du contentieux* (Extrait du *Recueil de législation de Toulouse*. 1905), p. 20 et s.

du droit objectif, sans que le demandeur ait à y faire preuve d'un droit violé. C'est que la défense des droits publics des collectivités n'est pas organisée par notre droit d'une manière complète. C'est aussi sans doute que, comme nous allons le voir, l'Etat n'entend pas protéger ces droits publics aussi énergiquement que des droits privés, attendu qu'il se réserve de les supprimer s'il le juge nécessaire. Mais il n'en est pas moins vrai que ces collectivités ont entre les mains une *voie juridique* pour faire respecter ces droits tant qu'ils subsistent, et c'est tout ce qui importe ici. Cela est d'autant plus significatif que les fonctionnaires *de l'Etat* ne peuvent au contraire pas attaquer les décisions de l'autorité supérieure qui empiétent leurs propres attributions (1).

118. Il ne faudrait pas aller jusqu'à dire cependant que l'existence de ce sujet de droit va jusqu'à limiter, même dans le domaine du droit public, les pouvoirs de l'Etat législateur. On doit admettre très nettement que l'Etat ne violerait aucun droit acquis en modifiant ou en supprimant la personnalité de droit public qu'il a reconnue aux départements et aux communes. Le droit public moderne, à la différence de celui du moyen âge, ne reconnaît plus d'autre droit de souveraineté que celui de l'Etat. Ce dernier considère comme déléguées par lui-même les parcelles de souveraineté qu'il abandonne aux organismes inférieurs ; il reconnaît bien que ceux-ci les exercent en leur propre nom ; il voit, dans chacun d'eux, une personne titulaire de droits de puissance publique déterminés ; mais il se réserve sur cette personne les droits d'un maître qui peut retirer ce qu'il

(1) C. d'Etat 29 janvier 1886 et 6 janvier 1895 Dans le *Rép. de Béquet*, v° Fonctionnaires, n° 177.

a donné. A des pouvoirs divisés, indépendants les uns des autres, souvent hostiles les uns aux autres, l'Etat moderne a substitué, après une période de centralisation excessive où il a cumulé entre ses mains toutes les fonctions, des pouvoirs à nouveau divisés, mais distribués par lui-même, agissant sous sa direction suprême, et par conséquent subordonnés et non plus souverains (1). Il a acquis, — par droit de conquête ou autrement, — les pouvoirs des souverainetés indépendantes ou quasi-indépendantes qui pouvaient lui résister ; il les a concentrés entre ses mains, et c'est par un acte de sa volonté qu'il en a de nouveau donné une partie aux groupes territoriaux. En fait, il agit aujourd'hui, non seulement en France, mais dans tous les pays civilisés, conformément à ce point de départ. C'est lui qui fixe les limites territoriales de ces groupements ; c'est lui qui les modifie par un acte de sa volonté, en prenant seulement, parce qu'il le juge utile, l'avis des populations intéressées ; c'est lui enfin qui augmente ou qui diminue

(1) C'est là un cas particulier de l'évolution que M. Tarde a magistralement analysée dans son livre sur les *Transformations du pouvoir* (pp. 198 et suiv.), et qu'il résume en ces termes : « Les pouvoirs, divisés d'abord et hostiles, se sont centralisés, pour se diviser de nouveau, mais d'accord entre eux ». Si ce n'est pas là une loi générale, c'est tout au moins une marche très naturelle de l'évolution : les grands États de l'Europe actuelle n'ont pu se constituer qu'en concentrant entre leurs mains tous les pouvoirs locaux jadis indépendants et souvent hostiles ; dans chacun d'eux le pouvoir central n'est arrivé à réaliser l'unité nationale contre ces forces historiques qu'en exagérant la concentration des pouvoirs entre ses mains ; ce n'est que lorsque le résultat obtenu a été placé au-dessus de toute contestation qu'il a pu songer à établir, sous sa direction et son contrôle, une nouvelle décentralisation bien différente de l'ancienne.

à son gré, suivant qu'il le juge opportun, la somme de pouvoir qu'il leur confie. S'il fait tout cela, c'est qu'il considère leur administration comme une véritable administration publique et leurs fonctions comme une parcelle détachée des fonctions de l'Etat, auxquelles elle pourra toujours être ramenée si l'intérêt public l'exige.

La personnalité de ces groupes a donc, en droit public (1), quelque chose de précaire vis-à-vis de l'Etat législateur. Mais elle correspond à des besoins réellement existants et à des intérêts collectifs réellement distincts. Aussi, s'il n'y a pas de raison de droit, il y a au moins d'excellentes raisons politiques, — que nous n'avons pas ici à développer, — pour que l'Etat respecte les personnalités qu'il a ainsi reconnues, et combine les dispositions de ces lois de manière à leur assurer un large et fécond développement (2). C'est en cela précisément que consiste la décentralisation, telle

(1) Nous étudierons dans le T. II les conséquences de leur suppression. Nous constaterons que leur personnalité de droit privé a souvent quelque chose de plus résistant que leur personnalité de droit public.

(2) Nous avons déjà exposé ailleurs (*De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents*, n[os] 3 et suiv., dans *Revue du Droit public*, T. VII, p. 45 et s.) notre théorie sur la nature dépendante de la personnalité communale. Nous avons montré que l'Assemblée constituante avait un moment admis une conception différente, en voyant dans la commune un *petit état municipal*, dont les droits n'étaient que des droits privés, analogues aux droits de famille. Cette théorie, dont on retrouve un écho dans plusieurs publicistes de l'école libérale et plus récemment dans Taine (*Régime moderne*, t. I, pp. 359, 365 et suiv.), n'est plus d'accord avec la réalité telle que nous l'offre le monde actuel. — Cpr. Jellinek, *System des subject-öffentl. Rechte*, pp. 262 et suiv. — Schön, *Das Recht der Kommunalverbænde*, pp. 3 et suiv.

qu'elle est entendue aujourd'hui dans la plupart des pays : au sens juridique du mot elle suppose un système dans lequel l'Etat reconnaît la personnalité de droit public de groupes locaux s'administrant eux-mêmes et pouvant exercer, par l'intermédiaire de leurs représentants, de véritables fonctions publiques (1). La personnalité de droit privé, que ces groupes possèdent aussi, n'est que l'accessoire de leur personnalité de droit public, à moins qu'elle ne soit, comme cela se produit pour la commune, un reste d'anciennes propriétés collectives que l'Etat a respectées à titre de droits privés.

119. On pourrait d'ailleurs concevoir cette personnalité de droit public sans aucun mélange de droits patrimoniaux. Le groupe aurait des représentants capables, par exemple, de prendre en son nom certaines

(1) Cpr. la définition donnée par M. Hauriou dans le *Répertoire de Béquet*, v° Décentralisation, n° 84 : « La décentralisation est une manière d'être de l'État, caractérisée par ce fait que l'État se résout en un certain nombre de personnes administratives, qui ont la jouissance des droits de puissance publique et qui assurent le fonctionnement des services publics en exerçant ces droits. » Il est clair que, dans cette définition, l'État est pris dans un sens large, auquel l'auteur oppose ensuite la notion de l'État *stricto sensu*. Les Allemands donnent au mot décentralisation le sens que M. Aucoc a attribué chez nous au mot *déconcentration* (*Conférences*, t. I, n° 46) ; il désigne chez eux l'exercice des fonctions de l'État par des fonctionnaires locaux, qui continuent à être des représentants de l'État. Ils ont pour désigner ce que nous appelons décentralisation au sens juridique, un mot beaucoup plus précis que le nôtre, celui de *Selbstverwaltung*, droit d'un groupe de s'administrer lui-même. Voyez sur les nombreuses controverses auxquelles a donné lieu en Allemagne la notion de *Selbstverwaltung* : Schön, *op. cit.* pp. 1 à 12, et notamment p. 6 et s., et les nombreux auteurs qu'il cite : Laband, 2e éd., t. I, pp. 94 et suiv., et trad. franç., t. I, p. 172, note 1 ; Otto Mayer. *Deutsches Werwaltungsrecht*, § 55. Rosin, dans *Hürth's Annalen*, p. 307 et s.

décisions de police ; mais il n'aurait aucun patrimoine, les moyens financiers nécessaires à l'accomplissement de sa mission lui étant fournis du dehors, par l'Etat ou la commune (1). Cette combinaison, théoriquement possible, est cependant peu pratique. Elle aurait notamment le grave défaut de ne pas permettre de rendre effective la responsabilité du groupe. Il est beaucoup plus naturel de permettre à l'association territoriale d'avoir un patrimoine et de le grossir au moyen des contributions de ses membres. Il y a pourtant dans notre organisation un groupe de ce genre dans lequel existe au moins en germe la personnalité de droit public, sans qu'on lui ait accordé de droits patrimoniaux : c'est l'arrondissement (2). Il a sa représentation propre, le conseil d'arrondissement, et par son intermédiaire il figure, entre le département et la commune, parmi les groupes auxquels on assigne un contingent dans la répartition de certains impôts directs, et qui eux-mêmes ont la mission de répartir ce contingent entre les personnalités inférieures qui les composent. Sans doute toute cette organisation compliquée de répartiteurs successifs est créée principalement dans l'intérêt de l'Etat ; c'est un mécanisme ayant pour objet de fournir une base à l'assiette de l'impôt. Il est certain pourtant que le conseil d'arrondissement représente ici les intérêts propres de l'arrondissement qui l'a élu ; s'il l'estime surtaxé, il peut réclamer, non pas en justice

(1) Nous verrons plus loin que telle est peut-être la situation de l'Eglise catholique, envisagée dans son ensemble, comme église universelle, vis-à-vis de la loi française. V. *infrà*, n° 134.

(2) Il en était de même du département avant la loi du 21 mai 1838.

sans doute, mais devant le conseil général, et il est difficile d'admettre que cette réclamation ne doive pas être considérée par le conseil comme basée sur un droit ; c'est seulement un droit qui est sanctionné par un autre procédé que l'action en justice (1). Il y a donc là un commencement de personnalité, même si l'on n'admet pas que le conseil d'arrondissement peut, en cas d'excès de pouvoir de la part du conseil général, exercer un recours devant le Conseil d'Etat (2). Mais cette personnalité est restée à l'état tout à fait embryonnaire, par la volonté expresse du législateur de 1838, qui a fait disparaître la personnalité patrimoniale à laquelle l'arrondissement pouvait prétendre dans la période antérieure, et qui, en somme, a jugé presque complètement inutile le maintien de ce groupe territorial autrement que comme circonscription de l'Etat.

Le canton n'a même pas la personnalité de droit public très incomplète que nous attribuons à l'arrondis-

(1) Au contraire, l'obligation où se trouve l'Administration de consulter le conseil d'arrondissement dans certains cas ne peut être considérée comme un droit pour l'arrondissement, car celui-ci n'a à sa disposition aucun moyen pour obtenir l'exécution de cette obligation. C'est un avantage qui est pour lui un simple effet réflexe du droit objectif ou du droit subjectif appartenant à d'autres.

(2) Un auteur, Trolley (*Hiérarchie administrative*, t. III, nº 1455), a soutenu que le conseil d'arrondissement avait ce droit, ce qui compléterait la personnalité de l'arrondissement. Mais son système, très admissible en théorie, paraît se heurter aux déclarations formelles du rapporteur de la loi de 1838 (voir l'article de M. Jèze, dans la *Revue générale d'administration*, 1897, t. II, p. 32). La question ne peut d'ailleurs même pas se poser si l'on admet, avec la jurisprudence, que la décision du conseil général sur ce point est, *par sa nature même*, soustraite à tout recours contentieux (Conseil d'Etat, 28 décembre 1894. Lebon, p. 724).

sement (1). La section de commune, de son côté, n'est qu'une personne morale de droit privé et ne possède que des droits patrimoniaux. Aussi est-il très remarquable que, par contraste avec le principe suivi en matière de personnalité de droit public, la section de commune est considérée comme douée de personnalité par cela seul qu'elle existe en fait, sans aucune intervention des pouvoirs publics (2). C'est qu'ici les prérogatives de la puissance publique ne sont plus en cause : à la vérité, même en droit privé, on admettait en France, à une époque encore très récente, que la création d'une personne morale exigeait l'intervention spéciale

(1) M. Planiol (*Traité de droit civil*, t. I, n° 676), cherchant à démontrer que l'idée de personne fictive se ramène à celle de propriété collective, demande pourquoi, dans le système contraire, on refuse la personnalité au canton : « Il a, dit-il, reçu une organisation administrative ; il a son représentant, le conseiller général ; son juge, le juge de paix ; son bureau d'enregistrement, sa perception, etc. Il est donc *organisé*, et cependant on lui refuse la personnalité. Pourquoi ? parce qu'il n'y a pas de *domaine cantonal*, comme il y a un domaine communal et départemental. » A nos yeux, cette raison ne suffirait pas. Le canton serait une personne morale de droit public, si la loi admettait sa représentation par une assemblée élective, ou par un fonctionnaire capable de défendre ses intérêts ou de prendre en son nom des décisions. Mais l'organisation qu'il a reçue n'est à aucun égard une organisation destinée à le représenter. Les fonctionnaires dont parle M. Planiol, juge de paix, receveur de l'enregistrement, percepteur, sont des fonctionnaires de l'Etat. Quant aux conseillers généraux, ce n'est pas davantage le canton qu'ils représentent, c'est le département ; le canton n'est, en ce qui les concerne, qu'une circonscription électorale ; aussi le conseiller général élu dans un canton n'a-t-il aucun besoin d'y être domicilié ou d'y payer une contribution ; il suffit qu'il remplisse l'une ou l'autre condition dans le département (loi du 10 août 1871, art. 6).

(2) V. Aucoc, *Des sections de communes*, n° 44. Sur la nécessité d'une loi pour créer une personne morale de droit public, v. *infra*, n° 125.

des pouvoirs publics; mais ce principe, qui aujourd'hui reçoit des dérogations très nombreuses, n'y a jamais eu la même portée qu'en droit public. Il signifiait seulement que la puissance publique se réservait le droit de contrôler l'utilité du groupement avant de le reconnaître comme personne morale, et alors même qu'on ne l'avait pas encore fait fléchir pour les associations ordinaires, on a pu le faire fléchir en faveur de groupements historiques comme les sections de commune.

Quant au syndicat de commune, il est bien une personne morale de droit public, Mais il est chargé de services spéciaux n'intéressant que certaines personnes, et non le groupe territorial tout entier. Il rentre donc dans la catégorie des établissements publics dont nous nous occuperons plus loin.

120. La notion de personnalité territoriale telle que nous venons de la définir a été contestée récemment par M. Duguit (1). Fidèle sur ce point au système général que nous avons discuté plus haut, notre éminent collègue nie entièrement la personnalité du département et de la commune (2). Il cherche à démontrer que les corps ou agents considérés d'ordinaire comme les représentants du département ou de la commune, tiennent au fond

(1) *L'Etat, les gouvernants et les agents*, pp. 689 et s.

(2) Il emploie cependant à diverses reprises des expressions qui semblent affirmer la personnalité patrimoniale de ces collectivités. Il dit même, p. 701 : « Il est certain que le droit positif français reconnaît à l'heure actuelle une personnalité patrimoniale de l'Etat et de la commune ». Mais ce n'est là pour lui qu'une manière commode d'exprimer l'affectation du patrimoine de ces personnes ; et plus loin, p. 720, il précise en disant : « Pour nous la question de personnalité des collectivités locales ne se pose pas plus que celle de la personnalité de l'Etat ».

leurs pouvoirs des gouvernants, et que la seule différence entre eux et les agents de l'État réside dans la manière dont ils sont institués. Pour lui, le fait dominant est toujours le pouvoir de fait appartenant aux gouvernants sur l'ensemble du territoire. Mais ce territoire est soumis à un système décentralisateur, lorsque, sur certaines de ses parties, existent des agents *dont l'institution se réalise sans l'intervention directe ou indirecte des gouvernants*, (soit par voie d'élection, soit de toute autre manière). Cela n'implique aucune puissance publique appartenant aux parties du territoire ou aux groupes sociaux sur lesquels s'exercent leur autorité ; car ces territoires et ces groupes ne sont pas des personnes, et d'ailleurs la puissance publique n'est pas un droit subjectif. Le pouvoir de ces agents, comme ceux des agents non décentralisés, est déterminé par la loi objective ; il peut rentrer dans la fonction législative ou dans la fonction judiciaire aussi bien que dans la fonction administrative ; et il ne diffère du pouvoir des agents dits agents d'Etat que par le degré. En fait les gouvernants conservent sur eux une action moindre que sur ces derniers ; au lieu du pouvoir *hiérarchique* impliquant le droit de réformer les décisions qu'ils prennent, ils n'ont qu'un pouvoir *de contrôle*, comprenant seulement le droit de refuser d'approuver leurs décisions ou le droit de les suspendre ou de les annuler.

Cette conception de la décentralisation (qui s'applique aussi, avec certaines nuances, au fédéralisme) n'est point en soi inexacte. Elle exprime très bien le côté politique de la question ; mais elle ne suffit pas à traduire en langage juridique la réalité des faits.

Certains intérêts locaux sont reconnus par la loi

comme dignes d'une protection distincte de celle des intérêts généraux de la nation. Voilà un fait qui n'a dans la théorie aucune traduction juridique, parce qu'il ne peut se traduire que par l'idée de personnalité des groupes locaux. Cette idée est essentielle ici comme partout pour apercevoir les conséquences des actes; la technique du droit n'a qu'à perdre à une doctrine qui supprime la notion de commune, de province, de département, comme elle a supprimé la notion d'Etat, en ne laissant subsister que des actes individuels produisant, sans qu'on sache trop pourquoi, des effets différents suivant les cas. M. Jèze qui, en prenant cette doctrine pour point de départ, a cherché à y conformer la langue juridique, n'a pu le faire qu'en substituant à l'idée de personnalité administrative celle de *patrimoine administratif* (1). Au lieu de parler de recours contre la commune, de responsabilité de la commune, il parle de recours contre le patrimoine administratif communal, de responsabilité du patrimoine administratif communal. Or cette notion est manifestement insuffisante : d'abord elle ne nous montre pas le *motif* de l'obligation qui pèse sur le patrimoine communal ; comment un patrimoine serait-il responsable de quelque chose si ce n'est par l'intermédiaire de la personne ou des personnes à qui il appartient? Puis, il est clair que ce n'est pas le patrimoine communal qui est obligé, mais bien la commune elle-même, puisqu'elle est tenue de s'imposer extraordinairement pour faire face à ses dettes, et

(1) Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, p. 85, 87, 110, 135, 152. — V. aussi, *passim*. dans l'*Année administrative* les très intéressantes revues de jurisprudence publiées par le même auteur.



que par conséquent celles-ci ne frappent pas uniquement une masse de biens. L'élimination de l'idée de personnalité laisse, dans la doctrine juridique un vide impossible à combler.

Ce n'est pas d'ailleurs uniquement la technique du droit qui est intéressée dans la question. Le système est directement contraire à la notion historique de commune, province, etc. Il oublie qu'il s'agit de groupes locaux, ayant historiquement préexisté à l'Etat, qui ont conservé, au moins en partie, le sentiment d'une vie propre et d'intérêts distincts des intérêts généraux du pays. Même lorsque le maire était nommé par le pouvoir central, la commune avait conscience que le maire était son organe, un organe que l'Etat lui imposait en intervenant dans ses affaires, mais non point l'organe de l'Etat. Il l'était en effet aux yeux de la loi positive, parce que c'était pour et contre la commune que ses actes produisaient leur effet, et non pour et contre l'Etat. La commune, à juste titre, a attaché grande importance à ce que cet organe puisât son pouvoir en elle-même au lieu de l'emprunter du dehors, et si elle y a attaché de l'importance c'est qu'elle avait le sentiment qu'on violait sa personnalité, qu'on la défigurait tout au moins, en lui donnant une représentation artificielle. La disparition de ce sentiment de personnalité serait loin d'être un progrès politique.

Cette personnalité n'est pas seulement patrimoniale, parce que la commune n'a pas seulement à administrer des biens. Elle a une mission bien plus haute, qui est de gérer les intrêts collectifs du groupe local, mission qui, dans les grandes villes modernes, va chaque jour en s'accroissant et se compliquant. Entretenir dans la

cité la tranquillité, la sécurité, la salubrité ; y introduire toutes les améliorations et facilités dont la vie moderne ressent le besoin ; en un mot faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, comme le dit la loi de 1789, mais en entendant ce mot de police dans un sens très large, ce n'est pas là faire acte patrimonial ; et cependant c'est bien la commune elle-même qui est chargée de ce soin, sous le contrôle de l'Etat ; et cette commune est bien *la même* que celle qui administre ses biens patrimoniaux, car elle emploie précisément à ces services les revenus de ses biens, et l'administration patrimoniale est si intimement mélangée avec l'administration des intérêts collectifs des habitants qu'on ne peut dire au juste où finit l'une, où commence l'autre.

121. M. Duguit (1) conteste, il est vrai, l'existence même, dans notre droit positif, de ces droits de puissance publique appartenant à la commune. S'emparant d'un mot de Thouret que nous avons nous-mêmes cité ailleurs (2), il cherche à démontrer que la commune,

(1) *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 701 et s.

(2) V. notre étude précitée sur la *Responsabilité des communes*, nos 3 et s. Voici le passage de Thouret allégué par M. Duguit : « Le régime municipal, borné exclusivement au soin des affaires particulières, et pour ainsi dire *privées*, de chaque ressort municipalisé ne peut entrer sous aucun rapport. ni dans le système de la représentation nationale, ni dans celui de l'administration générale ». (*Archives parlementaires*, t IX, p. 208). Le discours de Thouret lui-même, prononcé quelques jours après le dépôt du rapport d'où sont extraites ces lignes (Séance du 9 novembre 1789. *Arch. parl.*, t. IX, p. 726), et un discours de Target prononcé deux jours plus tard (*eod. l.*, p. 747), précisent la pensée des Constituants comme nous le faisons nous-même plus loin. Ils ne nient pas le *pouvoir* communal ; au contraire ils l'affirment expressément, mais ils y voient une sorte d'autorité *domestique*, et le comparent aux pouvoirs de famille. V, ces textes cités dans notre travail, n° 4.

telle que l'avait organisée l'Assemblée constituante, n'avait aucun droit de puissance publique ; ceci admis, ce n'est pas, dit-il, le régime de l'an VIII, où la commune est si effacée, qui a pu lui donner des droits de ce genre ; et les lois postérieures ne lui en ont pas donné davantage, malgré les apparences. L'impôt communal n'est en réalité qu'un impôt d'Etat, et ce qui le prouve, c'est qu'il ne peut être levé qu'en vertu d'une loi ; la police municipale n'est qu'une police d'Etat, et ce qui le prouve c'est que dans les villes de plus de 40.000 habitants l'organisation de la police est réglée par décret ; quant aux services communaux, ce sont des services de pure gestion qui n'impliquent en rien l'exercice de la puissance publique.

Il nous semble qu'il y a dans ces explications quelque confusion. Le système de l'Assemblée constituante a consisté, comme nous avons essayé de le démontrer en étudiant la responsabilité de la commune, à considérer la commune comme une *association privée*, dont les intérêts ne touchent pas l'administration générale ; mais cette association privée possède sur ses membres de *véritables pouvoirs*, notamment les pouvoirs de police (que la loi de 1790 donne aux administrations municipales à peu près dans les mêmes termes que notre loi de 1884 aux maires). Seulement ces pouvoirs sont considérés comme des *pouvoirs privés*, analogues aux pouvoirs du droit de famille. Loin de les diminuer, cette conception a pour effet de les accroître, et c'est encore celle qu'ont soutenue récemment les plus ardents partisans de l'autonomie communale, tels, par exemple, que Taine ; elle en fait en effet quelque chose de sacré, auquel l'Etat s'interdit de porter

atteinte, comme il s'interdit de porter atteinte aux droits privés. C'est d'après cette conception qu'a été construite par Henrion de Pansey la théorie du pouvoir municipal, qui a passé, semble-t-il, dans la Constitution belge (1) ; et ce n'est pas là une fausse interprétation de la pensée de l'Assemblée constituante, puisqu'elle-même désigne les fonctions rattachées à ce pouvoir sous le nom de *fonctions propres au pouvoir municipal* (loi du 14 décembre 1789, art. 50). L'évolution a consisté depuis lors à considérer comme *pouvoirs publics* ces pouvoirs qu'elle avait classés dans le droit privé. Cette évolution était fatale, parce que l'Etat moderne ne peut se désintéresser de l'exercice de ces pouvoirs, et que la prospérité des groupes locaux est une des conditions de son propre développement. Il a trouvé dans cette conception nouvelle la base théorique nécessaire pour asseoir son pouvoir de contrôle sur l'administration locale. Il a commencé par aller dans cette voie jusqu'au point extrême, en édictant le régime de l'an VIII, qui ne laisse plus subsister qu'une ombre de vie communale. Il a toujours respecté cependant la personnalité de la commune, même celle qu'il considérait désormais comme une personnalité de droit public, puisque, même sous ce régime, il lui reconnaissait le droit de gérer elle-même certains services d'intérêt collectif.

(1) Les art. 31 et 108 de la Constitution belge reconnaissent expressément l'existence d'*intérêts exclusivement communaux ou provinciaux*, et le droit des conseils provinciaux et communaux à statuer sur ces intérêts. Les auteurs belges n'hésitent pas à parler de *pouvoir communal* et de *pouvoir provincial* (V. par ex., Giron, *Diction. de Droit administratif et de Droit public*, 1896, t. III, p. 99 et 160, et Beltjens, *La Constitution belge revisée*, 1894, p. 339).

Peu à peu il a relâché les liens dont il l'avait enserrée, et, sans lui donner pleine liberté, il lui a donné cependant assez d'indépendance pour qu'il soit aujourd'hui impossible d'en nier l'existence.

Si en effet nous examinons la législation actuelle, nous ne pouvons nous résoudre à l'interpréter comme le fait M. Duguit. Les faits qu'il allègue pour montrer que les pouvoirs de la commune sont en réalité des pouvoirs d'Etat sont des faits *de tutelle* (ou, si l'on préfère ce mot, *de contrôle*) (1). La commune ne lève pas librement l'impôt ; il faut souvent qu'elle y soit autorisée par un acte spécial de l'Etat (loi ou décret) ; il faut toujours qu'elle se conforme à certaines règles générales et à certains taux que la loi lui indique comme un maximum. Qu'importe ? C'est bien elle cependant qui le lève, d'abord parce que (réserve faite des cas d'imposition d'office, qui ne sont autre chose que des voies d'exécution forcée pour l'obliger à payer certaines dettes) c'est toujours

(1) Lorsqu'un acte de la commune est soumis à approbation, il n'en reste pas moins un acte de la commune. L'approbation est un simple « je n'empêche », qui lève un obstacle à l'exécution de cet acte, mais n'apporte à cet acte aucun élément constitutif. La jurisprudence admet très nettement cette idée à l'égard des délibérations du Conseil municipal. Il en résulte notamment qu'une délibération soumise à approbation, et déjà approuvée par le préfet, peut être attaquée *en elle-même* par la voie de recours des articles 65 et 67 de la loi municipale, comme s'il s'agissait d'une délibération exécutoire par elle-même. Dans un cas comme dans l'autre il s'agit toujours d'un acte de la commune (V. *Cons. d'Et.*, 4 décembre 1904, S. 1904. 3. 137, et la note de M. Hauriou).

Il est évident d'ailleurs que le raisonnement fait par M. Duguit serait, s'il était exact, aussi bien applicable au droit privé qu'au droit public, car l'Etat exerce aussi un contrôle sur l'administration *patrimoniale* de la commune. On arriverait donc ainsi à nier même la propriété communale.

elle qui a l'initiative de l'impôt à lever, et que l'Etat se borne à l'autoriser ; ensuite parce que l'impôt ainsi levé sert exclusivement à ses services et non à ceux de l'Etat ; que les deniers en provenant entrent dans son budget et deviennent sa propriété ; qu'ils serviront à acquitter ses dettes, à payer ses acquisitions, à grossir son domaine public et son domaine privé. C'est nier l'évidence que de voir là des impôts d'Etat « affectés seulement à un intérêt communal ». S'il en était ainsi, il n'existerait plus de véritable propriété communale, l'Etat pouvant toujours défaire ce qu'il a fait, et rapporter l'affectation qu'il a donnée aux impôts levés par lui.

La matière de la police municipale doit être envisagée de la même manière. M. Duguit contredit directement la loi de 1789 et la loi de 1837 lorsqu'il considère que, même d'après ces textes, la police municipale doit être envisagée comme une police d'Etat. Nous convenons que dans la loi municipale actuelle la solution légale est moins certaine, et que les rédacteurs de ce texte ont un moment paru voir dans cette police un pouvoir d'Etat (1). Mais nous ne croyons pas que cette opinion ait réellement passé dans la loi. En tout cas les faits que M. Duguit allègue en sens contraire (ingérence du pouvoir central dans l'organisation de la police municipale) ne prouvent point sa thèse, car ce sont, eux aussi, de simples faits de tutelle ou de contrôle. C'est le maire qui a l'initiative des mesures de police municipale, qui

(1) V. pour les détails sur ces divers points, notre étude précitée sur la Responsabilité des communes, nos 18 à 20. L'élargissement du pouvoir du préfet accompli par l'article 99 peut faire admettre aujourd'hui que la police municipale a pris un caractère *mixte* ; mais il serait inexact, à vos yeux, de la considérer comme une pure police d'Etat.



nomme les agents (le préfet gardant seulement le droit d'agréer), qui exerce sur eux un pouvoir disciplinaire, etc. Il y a bien là les éléments d'un pouvoir communal, limité, mais non supprimé par le contrôle de l'Etat.

D'ailleurs il faut élargir la question : ce ne sont pas seulement les impôts et la police, ce sont tous les services communaux : voirie, hygiène, assistance publique, etc., que nous considérons comme des services *publics ;* et c'est à notre sens une idée très fausse que de les faire rentrer dans la personnalité *patrimoniale* de la commune. Sans doute ils ne donnent lieu, le plus souvent, qu'à des actes de gestion ; mais cela est bien loin d'être toujours vrai : la police de la voirie municipale, par exemple, comporte fréquemment des actes d'autorité (injonctions, prohibitions, autorisations) pour lesquels le caractère communal n'est pas douteux (1) ; tous les services communaux peuvent donner lieu à une expropriation, c'est-à-dire à une opération de puissance publique que la commune a le droit de mettre en mouvement à son profit ; et c'est en leur faveur que l'impôt communal est levé. Ces faits traduisent dans la loi positive l'idée fondamentale que ces services sont bien des services publics, et que leur gestion est entièrement différente des gestions accomplies par les personnes privées. La personnalité patrimoniale ne comprend que la gestion des biens productifs de revenus ; dans la commune,

(1) On sait qu'il faut distinguer avec soin cette police de la voirie municipale (que le maire exerce sur toutes les voies appartenant à la commune, et qui tend à la conservation et au bon aménagement des voies), de la police de la circulation que le maire exerce sur toutes les voies publiques. Celle-ci rentre dans la police municipale proprement dite, dont on peut considérer le caractère communal comme douteux. La première est certainement communale.

comme dans toutes les personnes de droit public, elle est simplement l'une des faces d'une personnalité unique, dont tous les actes sont attribués par le droit à la même collectivité; mais dans la commune, comme dans l'Etat, quoiqu'à un degré peut-être moindre, ce n'est là que le côté secondaire de la personnalité ; la raison d'être de celle-ci, ce sont les besoins collectifs de l'agglomération ; et la satisfaction de ces besoins collectifs appartient au droit public.

122. B. — *Les établissements publics.* — I. — Le mot *établissement public* a été assez souvent employé par les auteurs pour désigner tous les services publics personnalisés, y compris le département et la commune (1). Mais il est préférable de réserver ce terme

(1) Par exemple par MM. Ducrocq (*Revue générale,* 1894, p. 99. Block, *Dictionnaire de l'Administration française,* v° Etablissements publics, n° 1). Il n'y a là qu'une question de terminologie, qui offre en somme assez peu d'importance. M. Tissier (*Dons et legs,* n° 90) donne de l'établissement public une définition qui permettrait d'y comprendre, non seulement les départements et les communes, mais même l'Etat (que M. Ducrocq classe à part). Il déclare ensuite que ce n'est qu'en théorie qu'on peut donner à ces mots un sens aussi étendu et qu'en pratique on les applique seulement aux services spéciaux doués de personnalité. M. Simonnet (*Traité de droit administratif,* 3e éd., n° 1090) donne une définition analogue. Au contraire, MM. Hauriou (3e éd., p. 526) et Aucoc (*Conférences,* t. I, n° 198) prennent, comme nous, le mot uniquement dans son sens étroit. La terminologie de la loi est un peu incertaine, mais la plupart des textes nomment les établissements publics, à côté de l'Etat et des communes, comme quelque chose de distinct : art. 2045, 2123, 2227, C. c. ; 49, 69, 481, 1032 Proc. ; art. 1, C. for., etc. Le mot *établissement* d'ailleurs est peu correct pour désigner des groupes territoriaux dans lesquels l'élément corporatif est prédominant. En droit allemand, la notion d'*öffentliche Anstalt* correspond à peu près à notre notion d'établissement public, entendue, comme nous le faisons au sens étroit.

aux services publics *spéciaux*, doués d'une personnalité distincte de celle qui appartient aux groupes territoriaux. Ces services se rattachent toujours à l'un de ces groupes, parce que leur cercle d'action est limité, comme le leur, à une certaine circonscription territoriale (1) ; mais ils s'en distinguent, parce qu'ils s'adressent, non à tous les habitants de la circonscription, mais d'une manière immédiate à quelques-uns d'entre eux seulement. L'intérêt général qui s'attache à leur gestion, et qui justifie leur élévation au rang de services publics, n'est qu'indirect, et le groupe dont ils représentent plus particulièrement les intérêts collectifs est un groupe plus restreint que le groupe territorial. Il joue, vis-à-vis de ce groupe, un rôle analogue à celui que ce groupe lui-même joue vis-à-vis de l'Etat. Ce caractère de l'établissement public a été très nettement mis en lumière par M. Hauriou (2). Après avoir indiqué que le premier carac-

V. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, §§ 77, p. 635 et s. En droit italien il en est de même de la notion d'*Istituto publico*. V. Fadda et Bensa, sur Windscheid, t. I, p. 792.

(1) Circonscription qui se confond avec les limites de l'Etat quand le service se rattache à l'Etat, mais qui est plus habituellement la circonscription d'un département ou d'une commune, et parfois une circonscription spéciale (par exemple pour les chambres de commerce).

(2) *Droit administratif*, 5e éd., p. 479. Les syndicats de communes ne sont point les seuls établissements publics pour lesquels la notion de service *unique* soit inexacte. Par exemple la loi du 21 mai 1873, art. 7, permettait aux hospices et hôpitaux d'assister à domicile, concurremment avec les bureaux de bienfaisance, les malades indigents. N'était-ce pas les charger d'un double service ? D'ailleurs, sur cette idée de service unique, on ne peut asseoir aucun critérium solide : qu'appelle-t-on service unique ? Presque tout service public est susceptible d'être subdivisé par une spécialisation plus grande. En créant, en 1893, le bureau d'assistance

tère de l'établissement public est de gérer un service public *spécial*, il explique que ce mot peut s'entendre dans le sens de service *unique*, mais que, si on le prend dans ce sens, il ne peut s'appliquer à tous les établissements publics, que, notamment, il ne s'applique pas aux syndicats de communes ; puis il ajoute : « On peut entendre la notion du service spécial dans un autre sens, qui a le mérite de rester vrai même pour les syndicats de communes. Si l'on part de cette idée que les services administratifs sont en principe communs à tous les habitants d'une circonscription et que les administrations de l'Etat, des départements, des communes, sont pour la gestion de ces services, on remarquera qu'il reste à pourvoir à d'autres services qui ne sont point communs à tous les habitants d'une circonscription, mais qui sont au contraire spéciaux à quelques habitants ; c'est ainsi que les services variés de l'assistance publique, ne s'adressant qu'aux indigents de la circonscription, ne sont point communs à tous les habitants ; il en est de même du service des cultes, par cela même qu'il peut y avoir dans une même circonscription des religionnaires de cultes différents, etc. ».

Ainsi l'établissement public, comme le département ou la commune, est destiné à représenter un cercle d'in-

médicale, on a pris à la fois sur les attributions des hospices et sur celles des bureaux de bienfaisance, et il n'est pas de service public qui ne soit susceptible d'être décomposé d'une manière analogue. C'est donc dans un autre sens qu'il faut entendre le mot service *spécial*. Il reste vrai toutefois de dire que si l'établissement public n'est pas toujours chargé d'un service unique, il est du moins chargé d'un ou plusieurs services nettement *spécifiés* ; il n'a pas la généralité d'attributions qui appartient aux groupes territoriaux ; cela tient à ce que le groupe qu'il représente n'est pas aggloméré par le territoire, mais uniquement par certains besoins communs.

térêts collectifs et permanents, distinct de l'intérêt de l'Etat ou de celui des diverses agglomérations territoriales. C'est ce qui permet, sans tomber dans la fiction, de lui attribuer la personnalité morale ; il en remplit les conditions essentielles, puisqu'il correspond à un groupe d'intéressés très réel. On ne doit oublier d'ailleurs que ces intéressés (c'est-à-dire les *bénéficiaires* du service) ne sont point les propriétaires du patrimoine, mais que c'est seulement *leur groupe*, envisagé comme unité juridique indépendante de leurs personnes, qui possède cette qualité. On ne doit pas oublier davantage que ce groupe lui-même n'est pas à lui seul l'établissement tout entier et qu'il ne doit pas être isolé de l'organisme destiné à la gestion. Les fondateurs (qui sont ici l'Etat ou un autre groupe territorial), et les donateurs ou souscripteurs qui sont venus se joindre à eux, n'ont pas séparé les deux choses, et il y a lieu, dans la pratique juridique, de les considérer toutes deux comme nécessaires à la vie de l'établissement (1).

La personnalité de l'établissement public, comme celles des départements et des communes, appartient à la fois au droit public et au droit privé. Sans doute, il semble parfois à première vue que la personnalité de droit privé soit ici seule en cause. La plupart des établissements publics n'ont reçu, à proprement parler, aucune délégation de la puissance publique, et le rôle principal de leurs administrateurs consiste à gérer le

(1) Voir *suprà*, n° 77, les explications données à propos des fondations en général. Les conséquences seront développées dans le second volume. Elles sont importantes soit au point de vue du principe de la spécialité, soit au point de vue des règles à appliquer en cas de suppression de l'être moral.

patrimoine dont ils ont la garde ; les droits patrimoniaux sont donc ceux qui frappent l'œil tout d'abord, et cela nous explique que certains auteurs se refusent à voir dans ces établissements autre chose que des masses de biens voués à une affectation spéciale (1). Mais si l'on va au fond des choses, l'on constate que ce patrimoine de l'établissement n'est, comme le patrimoine de l'Etat ou des communes, qu'un *moyen* mis à la disposition d'un groupe humain en vue d'un besoin collectif dont la satisfaction est mise au rang des services publics. C'est donc l'idée de service public qui est ici dominante. Aussi la gestion de ces établissements n'est pas une gestion de pur droit privé : leurs travaux sont des travaux publics, leurs deniers des deniers publics ; les contributions de leurs membres, quand il en existe, de véritables contributions publiques. C'est là, nous l'avons vu, ce qui distingue ces établissements des établissements d'utilité publique, qui n'ont au contraire qu'une personnalité de pur droit privé (2). Il en résulte que l'Etat conserve sur eux, comme sur les départements et sur les communes, des pouvoirs plus étendus que sur les personnes morales de pur droit privé, et qu'il garde notamment le droit de reprendre lui-même directement la gestion des services qu'il leur a laissés. Leur situation à cet égard est la même, vis-à-vis de l'Etat, que celle des groupes territoriaux.

Ils se rattachent du reste à ces groupes territoriaux d'une manière intime. Suivant que le groupe intéressé

(1) C'est le cas de tous les auteurs qui ont soutenu la théorie des droits sans sujet, et en France, de M. Planiol. *Traité de Droit civil*, 1re éd., t. I, nos 670 et suiv.

(2) Voir *suprà*, nos 83 et s.

sera répandu sur toute la surface du territoire national ou seulement sur la surface d'un département ou d'une commune, il y aura ce que l'on peut appeler établissement public d'Etat, établissement public départemental ou établissement public communal (1). Cela ne veut pas dire que ces divers établissements sont la propriété du groupe auquel on les rattache ; étant eux-mêmes des personnes juridiques, ils ne sont pas objets de propriété ; ils représentent une portion seulement du groupe territorial ; et ils peuvent défendre leurs droits en justice contre ce groupe lui-même. Mais ce rattachement entraîne avec lui diverses conséquences : d'abord, en général, le groupe territorial intervient dans la création même de l'établissement ; il joue à son égard le rôle de fondateur et lui fournit ses premiers moyens d'action ; ensuite il conserve d'ordinaire sur lui un certain droit de contrôle, et souvent est appelé à désigner lui-même quelques-uns de ses administrateurs, ou participe directement à sa gestion par ses propres représentants. Cela s'explique principalement par cette idée que le service confié à l'établissement est considéré, malgré son intérêt spécial, comme un service public, et par conséquent retomberait en fait à la charge de la collectivité territoriale s'il restait en souffrance.

(1) Voir dans Hauriou, pp. 483 et suiv., l'énumération des établissements rentrant dans ces diverses catégories. Quelques établissements, tels que les chambres de commerce, ne sont pas compris dans cette liste parce qu'ils ont leur circonscription propre déterminée par l'Etat. On doit les considérer comme se rattachant à l'Etat. La loi du 4 février 1901, article 4, § 2, est venue confirmer la classification des établissements publics en établissements *nationaux*, *départementaux*, et *communaux*, et en a fait découler un intérêt pratique relatif à la forme dans laquelle doivent être autorisées les libéralités adressées à l'établissement.

128. La manière dont nous concevons l'établissement public dans les explications précédentes est évidemment incompatible avec plusieurs des systèmes que nous avons exposés sur la nature de la personnalité morale. Dans le système de la fiction pure, on ne cherche point à trouver à cet établissement un substratum réel ; on doit se contenter de dire que l'Etat peut personnaliser n'importe quel service, et que cette personnification a toujours un caractère purement artificiel. Dans le système des droits sans sujet, on ne voit dans l'établissement public qu'une masse de biens soustraite à l'appropriation individuelle et existant uniquement en vue d'un but sans considération de personnes. Enfin, dans celui de la personnalité réelle basée sur la volonté, on ne peut guère voir, dans un établissement de cette sorte, qu'une fondation ayant à sa base la volonté cristallisée du fondateur. Nous n'avons pas à reprendre ici la réfutation que nous avons essayée de ces divers systèmes (1). Mais, même en partant de la théorie de l'intérêt collectif et permanent, on peut concevoir autrement le groupe collectif intéressé à l'existence de l'établissement public. Pour nous, ce groupe est celui des *bénéficiaires*,

(1) V. plus haut, ch. 1. Tous ces systèmes, sauf le dernier, ont ici comme conséquence l'idée que l'Etat seul détermine arbitrairement ce qu'il faut entendre par établissement public, qu'il le crée et le supprime à son grè, et après sa suppression fait de ses biens ce qu'il veut (sauf un droit de retour à réserver pour les biens donnés par des tiers avec affectation spéciale). V. l'application de l'idée dans le projet belge sur l'assistance publique, article 143 (Van Overberg, *Phase actuelle de l'assistanee publique en Belgique*, Bruxelles, 1903, p. 73 et s.). L'auteur, considérant les personnes morales publiques comme de pures créations de l'Etat, approuve la disposition qui enlève aux bureaux de bienfaisance l'excédent de leurs ressources pour l'affecter à une caisse commune.

c'est-à-dire celui des personnnes à qui l'établissement assure les services nécessaires à la satisfaction de leurs besoins communs : c'est celui des pauvres, des malades, des fidèles appartenant à une confession déterminée, des commerçants établis sur un territoire, etc. Mais, a-t-on objecté (1), ce n'est pas là le véritable groupe intéressé à la création de l'établissement public, et la preuve c'est que les personnes dont il s'agit profiteraient exactement des mêmes avantages si le service était assuré directement par l'État ou les divers groupes territoriaux ; en réalité, ce qui est fait pour eux c'est le service, mais non sa personnalité. Ceux qui ont véritablement intérêt à l'existence distincte de la personne morale, ce sont ceux qui lui fournissent les moyens de subsister, le fondateur d'abord, et ensuite les donateurs en nombre illimité qui peuvent se joindre à lui pendant toute la durée de la vie de l'établissement. Ceux-là ont intérêt à ce que les ressources qu'ils fournissent restent perpétuellement affectées au but qu'ils leur ont assigné ; c'est précisément cet intérêt que la création de la personne morale a pour objet de sauvegarder ; elle représente donc, non les bénéficiaires, mais le groupe des donateurs et fondateurs.

Cette manière de raisonner ne tient pas compte d'un fait : c'est que l'intérêt, ainsi compris, des donateurs et fondateurs se ramène en dernière analyse à l'intérêt des bénéficiaires. Les premiers ont renoncé, en faveur de ceux-ci (considérés *in globo* et comprenant les bénéficiaires futurs aussi biens que les bénéficiaires présents), à la propriété des biens dont ils ont gratifié l'établisse-

(1) Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, t. II, pp. 377 et suiv.

ment. L'un des avantages de la personnalité est assurément de rendre plus certaine l'exécution de leur volonté. Mais cet avantage n'est pas le seul, ni même le principal : quand il donne au service public une personnalité distincte, l'Etat est guidé par des motifs complexes, que nous allons essayer de préciser, mais qui pour la plupart se ramènent à ce motif prédominant : assurer au service des moyens d'action plus étendus et une meilleure administration dans l'intérêt des bénéficiaires. Ceux-ci forment donc bien le groupe humain représenté par l'établissement ; c'est leur groupe qui est le véritable titulaire de ses droits. Il faut observer seulement, comme nous l'avons déjà remarqué, que le groupe intéressé ne constitue pas à lui seul toute la personne morale, et qu'il est inséparable de l'organisme destiné à suppléer sa volonté (1).

(1) Nous ne considérons donc pas comme entièrement exacte la formule de l'*Encyclopédie* de Merkel, citée par Mayer (p. 379, note 6). « Au lieu de dire : ces biens appartiennent aux pauvres présents et futurs, au profit desquels ils doivent être utilisés par la fondation Saint-Marc, nous disons pour abréger : ces biens appartiennent à la fondation Saint-Marc. » M. Mayer objecte que la situation des pauvres serait la même si ces biens, au lieu d'appartenir à un établissement public, appartenaient à une corporation charitable douée de personnalité. Mais l'objection n'est pas fondée : dans ce dernier cas, les biens appartiennent à la corporation et non aux pauvres ; la personnalité de la corporation a pour substratum les membres qui en font partie ; ceux-ci ne se sont pas défaits de leurs biens en faveur d'une personne morale à laquelle ils restent étrangers ; ils ont prétendu au contraire conserver sur ces biens les droits qui appartiennent aux membres d'une association personnalisée sur le patrimoine de cette association, et c'est là, au point de vue de l'administration de ces biens comme au point de vue de la suppression de la personne morale, une situation toute différente. Cpr. Meurer, *Die jurist. Person.*, pp. 34-35. Si, à nos yeux, la formule de Menkel n'est pas tout à

Ces explications écartent, en même temps que la théorie de Mayer, une autre théorie admise par beaucoup d'auteurs, et compatible, elle aussi, avec notre notion générale de la personnalité. C'est celle qui voit le groupe représenté par l'établissement public dans le groupe territorial auquel cet établissement se rattache, c'est-à-dire suivant les cas, l'Etat, le département ou la commune. Dans ce système, qui a été exposé avec une netteté parfaite par M. Berthélemy (1), la création d'un établissement public n'est plus qu'une mesure d'ordre, destinée à établir la division du travail et la séparation des comptes. Elle n'aboutit pas à la constitution d'une véritable personnalité ; elle ne touche pas à la question de propriété des biens, mais seulement à leur mode d'administration.

fait juste, c'est qu'elle ne tient compte que de l'un des deux éléments de la personnalité, l'élément *intérêt*, et qu'elle laisse trop complètement à l'écart les personnes formant l'organisme nécessaire à l'administration de l'établissement et représentant en lui l'élément *volonté*. V. *suprà*, n° 77, p. 187, et n° 122, p. 327.

(1) *Droit administratif*, 1re éd., p. 519, 2e éd., p. 45. « Mais voici que pour simplifier l'administration, pour diviser le travail, pour éviter la confusion des comptes, pour que tels fonds soient affectés à tel besoin, une loi ou un décret vienne dire que tel service sera personne morale. Qu'est-ce que cela signifie encore ? Les biens de l'hôpital, par exemple seront désormais séparés, ils formeront un patrimoine distinct ; à qui sera ce patrimoine ? » L'auteur répond que ce sera la commune (c'est-à-dire d'après son système sur la notion de personnalité morale, les habitants de la commune possédant collectivement), parce que l'hôpital est un service communal, et que s'il n'était pas érigé en personne morale, c'est la commune qui devrait pourvoir à ses besoins. Il ajoute : « Généralisons : les biens des services publics spéciaux pourvus de personnalité morale ont les mêmes propriétaires que les biens des collectivités à l'intérêt desquelles ils pourvoient : leurs propriétaires sont ces collectivités elles-mêmes différemment représentées ». Nous

Cette opinion est peut-être fondée pour quelques établissements publics, surtout pour quelques-uns des services d'Etats auxquels des lois spéciales ont attribué, dans ces dernières années, la personnalité civile (1). Il est incontestable que l'Etat peut créer par ce procédé des personnalités *factices*. S'il le fait, les conséquences de la personnalité ne se produiront pas toutes ; il restera le maître de défaire ce qu'il a fait, et de reprendre directement la gestion des services qu'il a ainsi arbitrairement isolés de la masse des services publics. En soi, le système n'est pas bon parce qu'il rompt l'unité budgétaire et on ne peut l'approuver que très exceptionnellement. Mais le plus souvent les établissements publics sont autre chose qu'un organisme administratif ; ils correspondent, comme nous l'avons dit, à des besoins spéciaux qui sont ceux de *certaines personnes seulement* à l'intérieur du groupe territorial, et par là leur personnalité est réelle. Nous verrons plus loin qu'entre les services publics personnalisés et les autres il y a des différences profondes, toutes basées sur cette idée que les intérêts représentés par l'établissement public sont *distincts* des intérêts du groupe territorial. Le système de M. Berthélemy aboutirait à effacer entièrement ces différences et par là à affaiblir la protection de ces intérêts distincts. Il ne faut pas confondre la véritable notion du service public personnalisé avec l'abus que le législateur en peut faire.

124. II. — Dans le choix des services publics suscep-

avons vu plus haut (p. 188, note 7), que certains auteurs étendaient cette doctrine à toutes les fondations, même aux fondations privées.

(1) V. de nombreux exemples, *infrà*, nos 126 et s.

tibles d'être personnalisés, l'Etat a un pouvoir d'appréciation très étendu. Il pourra personnaliser, sans s'exposer au reproche que nous venons de formuler, tout service public correspondant à un groupe d'intéressés distincts ; mais le plus souvent il n'y aura pour lui aucune obligation de le faire, et il pourra se borner, soit à assurer lui-même le service, soit à le faire gérer par le département et la commune. La reconnaissance de personnalité est souvent due à une raison historique : certains services en effet, et notamment ceux qui ont pour objet de subvenir aux besoins des divers cultes, se sont constitués en dehors de l'Etat. Ce dernier les a de plus en plus soumis à son contrôle et il est arrivé peu à peu à les considérer comme de véritables services publics ; mais en faisant cela il leur a conservé une certaine autonomie et la possibilité d'avoir un patrimoine leur appartenant en propre. Il y trouvait d'ailleurs certains avantages, et ces avantages sont de telle nature qu'il a souvent jugé opportun d'employer le même procédé à l'égard de services qu'il créait lui-même et qui parfois étaient restés longtemps sous sa direction immédiate (1). La personnalité reconnue à ces services peut avoir pour effet de grossir leurs ressources en attirant les libéralités : on

(1) Il semble qu'en France ces avantages aient été mieux aperçus dans ces dernières années. De là beaucoup de lois récentes reconnaissant la personnalité de services déjà existants : caisse des musées, universités, ou de services nouvellement créés : caisse des écoles, bureaux d'assistance médicale, etc., etc Pour le service des enfants assistés, le législateur n'a pas admis le régime de la personnalité, qui lui avait cependant été proposé par le Conseil supérieur de l'Assistance publique, et qui se trouvait consacré dans le projet déposé au Sénat par le gouvernement. V. la loi du 27 juin 1904.

ne donne guère aux départements et aux communes, on donne moins encore à l'Etat ; on n'est point assez sûr que la libéralité conservera toujours son affectation primitive ; on donnera plus volontiers à une institution d'assistance ou à un établissement scientifique ou artistique, voués à une tâche spéciale et capables de conserver jalousement à leur destination les biens dont le donateur se sera dessaisi. Puis le patrimoine, tel qu'il est, sera probablement mieux utilisé et surtout mieux ménagé par un établissement pourvu de personnalité que par un service dépendant directement de l'Etat, du département ou de la commune ; le fait seul que l'établissement est propriétaire lui assure une sorte d'indépendance, le place dans une certaine mesure en dehors des fluctuations de la politique et le cantonne plus étroitement dans sa mission spéciale. Enfin, point d'importance capitale, le droit de propriété est pour lui une excitation à l'ordre et à l'économie ; sûr de conserver ses bonis, il s'appliquera à en avoir ; alors, au contraire, que les services publics, dotés par un crédit au budget, s'appliquent à le dépenser intégralement de peur qu'on ne le leur diminue et que leur esprit d'économie ne se retourne contre eux.

La contre-partie de ces avantages, c'est que l'Etat a sur les services ainsi dotés une influence moindre, peut moins facilement y faire prévaloir ses vues et y introduire les réformes qu'il juge nécessaires. Il n'est pas douteux, par exemple, que les réformes que l'Etat a cherché et cherche encore à introduire dans le régime de l'assistance publique soient rendues plus difficiles à réaliser par la demi-indépendance des commissions hospitalières, qui résistent souvent, par des raisons d'éco-

nomie, à ce qu'on leur demande. Cela peut perpétuer certaines routines et certains abus, mais cela même n'est pas sans avantage; c'est une barrière contre les réformes trop rapides, contre les entreprises téméraires qui peuvent compromettre la fortune publique. Tout compte fait, pour certains services, la spécialisation résultant de la personnalité présente beaucoup plus d'avantages que d'inconvénients.

125. III. — Les explications précédentes nous ont montré la condition essentielle de la création des établissements publics et la raison d'être de leur existence. Il reste à examiner une question qui n'est pas sans intérêt pratique ni sans difficulté : en quelle forme peut se faire la création de l'établissement public ?

Qu'il faille pour cela l'intervention de l'Etat, cela résulte, d'une manière évidente, de cette circonstance qu'il s'agit, soit de créer de toutes pièces un service public, soit d'incorporer dans l'administration publique un établissement d'origine privée, soit enfin de reconstituer un service public sur des bases nouvelles, en lui conférant la personnalité qui lui avait manqué jusqu'alors. A l'Etat seul il appartient de disposer ainsi des services de cet ordre, même quand ils se rattachent au département ou à la commune, car ces collectivités elles-mêmes, comme nous l'avons vu, n'administrent dans l'intérêt général que par délégation de l'Etat. Mais quelle sera, dans l'Etat, l'autorité compétente pour procéder à cette création ? L'intervention du législateur sera-t-elle nécessaire, ou suffira-t-il d'un acte de l'autorité administrative ?

Pour les partisans du système de la fiction, il semble que la question ne puisse être douteuse. Au législa-

teur seul il appartient de créer des fictions ; l'établissement public, comme toute autre personne morale, ne pourra donc être créé que par lui, soit au moyen d'une disposition spéciale, soit au moyen d'une disposition générale, déléguant au pouvoir administratif le soin de créer certains établissements dans des conditions déterminées à l'avance par la loi. C'est bien ainsi sans doute que la question est, en général, tranchée dans la pratique, et la plupart des établissements publics existants ont été créés, comme nous allons le voir, soit par la loi elle-même, soit au moins en vertu de la loi (1). Pourtant il y a des exceptions au moins apparentes. On reconnaît à un certain nombre d'institutions la qualité d'établissements publics, bien que le législateur ne paraisse jamais être intervenu, ni dans leur création, ni dans leur réglementation. Il en est ainsi notamment de plusieurs établissements nationaux de bienfaisance, qui ont été fondés et classés parmi les établissements de cet ordre par de simples décrets (2), et à qui cependant on

(1) Le règlement intérieur du Conseil d'Etat du 21 août 1872, art. 5, § 2, comprenait, parmi les projets de décret à soumettre à l'Assemblée générale du Conseil, l'autorisation ou la création *d'établissements publics*, ou d'établissements d'utilité publique. Mais cela ne signifiait nullement qu'une loi ne fût pas en principe nécessaire ; cela ne visait en effet que les cas dans lesquels une loi générale renvoyait au pouvoir exécutif la création de l'établissement. Ce texte est d'ailleurs aujourd'hui modifié, voir *infrà*, no 126 *in fine*.

(2) Notamment les asiles de Vincennes et du Vésinet, créés par le décret du 8 mars 1855 et classés parmi les établissements généraux de bienfaisance par les décrets du 28 octobre 1857 et du 11 août 1859 ; et l'asile Vacassy, créé à la suite d'une libéralité adressée à l'Etat et classé parmi les établissements généraux de bienfaisance par un décret du 30 juin 1876. En ce qui concerne les

attribue très généralement le caractère d'établissements publics. Mais l'exception peut se ramener à la règle si l'on admet, comme nous le croyons, qu'on doit appliquer à ces établissements les textes généraux sur les établissements hospitaliers. Quoi qu'il en soit de ce point de détail, nous pensons, conformément à la doctrine dominante, qu'une loi est nécessaire : créer un établissement public, c'est, en effet, procéder à une sorte de démembrement des services publics ; c'est permettre, dans le domaine du droit public, comme dans celui du droit privé, à un corps constitué d'opposer ses droits à ceux de l'Etat, du département ou de la commune, c'est-à-dire à ceux des collectivités que la loi charge en principe de la gestion des services publics. Il nous semble qu'une exception de cette nature ne peut être introduite que par le législateur lui-même. L'administration peut bien, *à l'intérieur des personnes morales existantes*, faire des règlements d'organisation des services publics. Mais elle pénétrerait dans le domaine du droit en créant elle-même une nouvelle personne morale (1). Si un établissement ne peut invoquer, en

établissements de cet ordre antérieurs à la Révolution, la question est plus complexe, mais pour la plupart d'entre eux on peut invoquer des textes d'ordre législatif. Notamment l'asile de Charenton paraît avoir suivi le sort des hôpitaux et hospices : ses biens ont été réunis au domaine de l'Etat, en vertu de la loi du 23 messidor an II, et restitués en vertu de la loi du 16 vendémiaire an V par l'arrêté du Directoire du 27 prairial an V (voir l'avis des sections réunies des Finances et de l'Intérieur du 6 janvier 1862, dans Tissier, *Dons et legs*, nº 150). On sait d'ailleurs que le fonctionnement de ces divers établissements est réglé par une simple ordonnance, celle du 21 février 1841.

(1) Otto Mayer, *op. cit.*, p. 388, a soutenu pour le droit allemand, que la création d'un *Selbstverwaltungs-Körper* (terme générique

faveur de sa personnalité, aucune loi générale ou spéciale, on devra, suivant les cas, le considérer comme un simple établissement privé (qui aura pu du reste être reconnu d'utilité publique par un décret) ou comme une dépendance directe de l'administration générale, départementale ou communale.

sous lequel il comprend les diverses personnes morales de droit public autres que l'Etat) était de la compétence du pouvoir administratif, — alors qu'il admet en droit privé la nécessité d'une loi (soit pour reconnaître directement la personne morale, soit pour autoriser le pouvoir administratif à la reconnaître). Il fait observer en ce sens que la création d'une personne morale de droit public est moins la création d'une personne morale nouvelle, que le démembrement d'une personne morale déjà existante, l'Etat. Mais alors même que ceci serait absolument exact (ce que nous ne croyons pas, car certaines personnes morales de droit public sont plutôt adoptées par l'Etat, incorporées dans son administration qu'elles ne sont détachées de lui), nous pensons que ce démembrement ne peut être que l'œuvre directe ou indirecte de la loi ; il faut une règle de droit pour admettre la naissance d'une personnalité, aussi bien dans le domaine du droit public que dans celui du droit privé. Dans la plupart des législations, la reconnaissance de la personnalité de droit privé, ou résulte d'une règle de droit générale, ou est déléguée par le législateur au pouvoir administratif. Au contraire, la reconnaissance d'une personnalité de droit public est en fait réservée à l'examen spécial du législateur. Le Conseil d'Etat italien dans un avis du 2 juin 1888 (cité par Ruffini, *La classificazione delle persone giuridiche*, dans les *Studii Schupfer*, 1898, p. 352), considère comme pouvant être créés par le pouvoir exécutif « les êtres moraux qui, sans demander de privilège, se contentent de l'exercice des droits civils communs à toutes les personnes morales ». En France, on a toujours admis en pratique la nécessité d'une loi pour créer un établissement public, toutes les fois qu'il n'existe pas de loi générale délégant cette mission à l'autorité administrative relativement à une certaine catégorie d'établissements. V. les nombreux textes de lois cités ci-après. Cpr. l'exposé des motifs de la loi du 18 février 1904 attribuant à l'Office colonial la personnalité civile

126. L'intervention du législateur se produit d'ailleurs sous des formes diverses. Quelquefois il crée directement un établissement ou des établissements publics, en organisant un service nouveau. On peut citer, comme exemples de ce premier type, l'ordre de la Légion d'honneur, qui a reçu, au moment même où il a été créé par la loi, une dotation spéciale et une administration autonome (loi du 29 floréal an X, auj. décret du 16 mars 1852) ; et, dans un autre ordre d'idées, les bureaux d'assistance médicale qui ont été créés dans toutes les communes par la loi du 15 juillet 1893. Dans d'autres cas, le législateur constitue, toujours directement, un établissement public en conférant la personnalité à un service déjà existant ; c'est ce qui s'est produit, notamment pour les hospices et hôpitaux d'origine ancienne, quand la loi du 16 vendémiaire an V leur a rendu la personnalité qu'ils avaient un moment perdue par la réunion de leurs biens au domaine national ; c'est ce qui s'est produit plus récemment pour un assez grand nombre de services publics que des lois spéciales ont détachés de l'Administration pour les ériger en personnes civiles (musées nationaux, loi du 16 avril 1895, art. 52 ; corps de facultés (1), loi du 28 avril 1893, art. 71 ; Conservatoire national des arts et métiers, loi du 13 avril 1900, art. 32 ; Ecole nationale supérieure des mines, même loi, art. 34, etc.). — Enfin, le plus

(1) Depuis lors transformés en Universités par la loi du 10 juillet 1896. Le même procédé avait été employé à l'égard de l'Université de France lors de sa constitution : décret du 17 mars 1808, art. 131 et suiv. Mais on sait que cette personnalité avait disparu par suite de la loi de finance des 7-13 août 1850, qui avait abrogé ces textes.

souvent, le législateur ne procède pas d'une manière aussi directe. Il se contente d'indiquer les bases sur lesquelles pourra se fonder l'établissement public et renvoie à l'autorité administrative le soin de procéder à la création individuelle de chaque établissement. Il en est ainsi d'abord pour la plupart des établissements ecclésiastiques, qui sont fondés par des décrets rendus en Assemblée générale du Conseil d'Etat, en exécution des lois générales sur les cultes (art. 15 du Concordat, loi du 18 germinal an X, art. 73; et pour le culte protestant, loi du 18 germinal an X, art. 8 et 10). Il en est ainsi, en outre, pour beaucoup d'établissements civils : par exemple, c'est par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique que peuvent être créées les chambres de commerce (loi du 9 avril 1898, art. 2); c'est par un décret rendu en Conseil d'Etat que sont constitués les syndicats de communes (loi du 5 avril 1884, modifiée par la loi du 22 mars 1890, art. 169); c'est par décret aussi que peuvent être fondés aujourd'hui les hospices ou hôpitaux publics (édits de décembre 1606 et août 1749, décrets de décentralisation du 25 mars 1852 et du 13 avril 1861, tableau A, n° 67 γ). Le Conseil d'Etat est, en général, appelé à intervenir dans ces créations faites par décret; son règlement intérieur de 1872 exigeait même, dans tous les cas, que la délibération du Conseil ait lieu en Assemblée générale; mais aujourd'hui, en vertu du règlement du 2 août 1879, modifié par celui du 3 avril 1886, art. 7, l'intervention de l'Assemblée générale n'est exigée que pour la création des établissements ecclésiastiques ou religieux et pour celle des chambres de commerce; il suffira donc, en principe, d'un avis de section, toutes

les fois que la loi n'aura pas dit expressément le contraire, et cet avis même ne sera obligatoire que si la loi l'exige (1). Il faut ajouter que, dans un grand nombre de cas, la loi, en renvoyant la création à l'autorité administrative, la subordonne à certaines conditions déterminées : avis de conseils municipaux ou d'autres corps constitués, enquêtes, etc. Ce sont là des détails de législation réglementaire dans lesquels il nous paraît inutile d'entrer ici.

127. Dans toutes ces fondations publiques, on trouve les deux éléments essentiels de la personnalité juridique : le groupe intéressé et l'organisation de nature à dégager une volonté collective distincte de la volonté collective de l'Etat, du département ou de la commune. Mais l'intervention des pouvoirs publics a ici une plus grande importance qu'en droit privé, parce qu'au fond, le plus souvent ce sont eux-mêmes qui fon-

(1) Pour les bureaux de bienfaisance c'est également la règle de l'autorisation par décret qui doit être considérée comme étant aujourd'hui en vigueur. Cependant, pendant longtemps, leur création a été autorisée par de simples arrêtés préfectoraux et la jurisprudence, après quelques hésitations, a validé ce mode de procéder pour ceux dont la fondation est antérieure à 1852 (Cass., 30 décembre 1873, D., 74.1.119 ; 19 juillet 1894, D., 95.1.96). Le décret du 25 mars 1852 (tableau A, *in fine*) avait expressément enlevé ce pouvoir au préfet pour le confier au chef de l'Etat, mais il fut rendu au préfet par la loi du 24 juillet 1867, art. 14. Depuis la loi municipale du 5 avril 1884, la question est discutée : on a soutenu qu'elle n'avait pas modifié l'état de choses antérieur ; mais, en abrogeant expressément la loi de 1867 (art. 168, n° 15), elle a enlevé au pouvoir du préfet sa seule base légale et a implicitement consacré le retour à la règle posée par le décret de 1852. C'est la solution admise par la circulaire du 15 mai 1884, et elle est aujourd'hui appliquée en pratique d'une façon constante.

dent l'établissement érigé en personne morale. Pour que cette fondation, analogue par bien des côtés aux fondations de droit privé, soit considérée comme ayant l'existence légale, il n'est pas nécessaire qu'elle ait déjà un patrimoine ; la personnalité juridique ne consiste pas dans le fait d'être titulaire de droits, mais dans l'aptitude à l'être (1). Cette aptitude peut être conférée par l'Etat au groupe des intéressés par cela seul qu'il lui donne l'organisation ; et il n'est pas même nécessaire que cette organisation soit déjà matériellement réalisée, c'est-à-dire que les personnes appelées à représenter la personne morale soient déjà désignées. Il suffit pour que l'être moral puisse être considéré comme existant, que son organisation soit déjà réglementée de telle sorte qu'elle puisse se réaliser matériellement *dès qu'elle deviendra nécessaire*, c'est-à-dire dès que l'être moral aura besoin d'agir, ce qui se produira seulement quand il aura des biens. Jusqu'à ce moment l'établissement public existera seulement en expectative, mais cela suffira pour lui donner l'aptitude à être propriétaire, et par conséquent la capacité de recevoir des libéralités. En fait, on ne réalisera matériellement son organisation que lorsqu'il sera doté ; mais on admettra son existence alors même qu'il ne sera encore ni doté, ni matériellement organisé, parce que déjà il présente les éléments

(1) Certains auteurs ont soutenu, au point de vue du droit privé, que l'existence d'un patrimoine *actuel* était essentielle à l'existence de la fondation (V. notamment Meurer, *Juristische Personen*, p. 243 et s., et p. 248 et s.). Cette thèse est, à notre avis, aussi inexacte en droit privé qu'en droit public (V. *infrà*, n° 166). Nous montrons ici qu'en droit public la pratique française y est contraire.



nécessaires à la personnalité morale : groupe intéressé, organisation de volonté réalisable dès que cela sera nécessaire.

La loi a, à diverses reprises, en vertu de ces principes, créé directement des établissements publics en bloc dans toutes les communes, et ces établissements sont devenus capables par le fait même de la loi, leur organisation matérielle n'étant plus qu'une mesure d'exécution à laquelle chaque administration municipale pouvait procéder à des dates différentes. Ainsi la loi du 15 juillet 1893, art. 10, a créé directement un bureau d'assistance médicale dans toutes les communes ; et ce bureau a existé virtuellement dès la mise en vigueur de la loi ; l'autorité administrative n'a eu à prendre à cet égard que des mesures d'exécution (1). La loi du 28 mars 1882 a procédé de même à l'égard des caisses des écoles. Ces établissements existent dans toutes les communes alors même qu'on n'a pas désigné encore les membres qui les administrent.

De même, lorsqu'une libéralité est adressée à une commune à charge de fondation d'hospice, le décret qui autorise le maire de la commune à accepter une libéralité au nom des pauvres l'autorise *en même temps* à créer l'hospice ; et dès ce moment l'hospice est considéré comme existant ; il est capable de recevoir une libéralité nouvelle, avant même qu'on l'ait pourvu de tous ses organes d'administration (2).

(1) V. Campagnolle, *L'assistance médicale gratuite*, 2e éd., p. 144, sur l'art. 10.

(2) V. une conséquence de ces idées en matière de comptabilité, dans C. d'Etat, 22 décembre 1900, *Revue des établissements de bienfaisance*, 1901, p. 75.

128. IV. — Quel que soit le système adopté pour créer la personnalité morale de l'établissement public, il y a souvent, dans les textes qui l'organisent, une difficulté d'interprétation très délicate. Quelquefois la loi attribue en termes exprès à l'établissement qu'elle crée ou qu'elle prévoit la qualité d'établissement public (ex. : écoles normales primaires, loi du 19 juillet 1889, art. 47 ; chambres de commerce, loi du 9 avril 1898, art. 1 ; caisse des recherches scientifiques, loi du 14 juillet 1901) (1). Quelquefois, et plus fréquemment depuis un certain nombre d'années, elle lui attribue en termes formels la personnalité civile, ce qui ne laisse pas de doute sur sa qualité de personne morale, mais peut permettre de se demander s'il est bien réellement incorporé à l'administration ou s'il constitue au contraire un simple établissement d'utilité publique (ex. : corps de facultés, loi du 28 avril 1893, art. 71 ; caisses des musées, loi du 16 avril 1895, art. 52 ; caisse de prévoyance entre les marins français contre les risques et accidents de leur profession, loi du 21 avril 1898, art. 2 ; Conservatoire national des arts et métiers, loi du 13 avril 1900, art. 32 ; Ecole nationale supérieure des mines, même loi, art. 34, et loi 25 février 1901, art. 58 ; Institut

(1) Dans certains textes anciens, on trouve le mot d'*établissement d'utilité publique* appliqué à de véritables établissements publics : ainsi dans l'art. 19 du décret du 3 septembre 1851, lequel réglait, avant la loi de 1898, l'organisation des chambres de commerce ; ainsi encore dans l'art. 10 du décret du 25 mars 1852, sur les chambres consultatires d'agriculture, et dans l'art. 1 de la loi du 24 juin 1851 sur les monts-de-piété. Cela tient à ce que la distinction entre ces deux catégories n'était pas encore précisée à l'époque de ces lois, et cela laisse parfois planer des doutes sur la classification (V. pour les monts-de-piété, *suprà*, n° 92).

national agronomique, loi du 25 février 1901, art. 57 ; Ecole française d'Athènes, et Ecole française de Rome, l. du 31 mars 1903, art. 71 (1); Ecole normale supérieure, Décret du 10 novembre 1903, art. 1 ; Office colonial, loi du 28 février 1904 ; Musée Gustave Moreau, loi du 30 mars 1902, art. 72). Quelquefois enfin, elle réunit dans une même phrase les deux formes précédentes, comme dans la loi du 22 mars 1890, art. 170. (Les syndicats de communes sont des établissements publics investis de la personnalité civile).

Mais souvent le législateur a évité ces termes d'une portée doctrinale ; il semble en avoir eu peur. Dans la discussion de la loi sur les sociétés de secours mutuels (loi du 1er avril 1898), il s'est passé à cet égard un incident caractéristique. L'article 13, tel qu'il était sorti de la discussion en première lecture à la Chambre des députés, déclarait expressément que ces sociétés jouiraient de la personnalité civile. Dans la séance du 21 mai 1897, M. Sauzet demanda la suppression de ces mots : « Je crains, dit-il, qu'il n'y ait là qu'un élément d'obscurité, une source de controverses. Car l'article 13

(1) Le rapport de M. Antoine Dubost au Sénat sur cet art. 71 (*Doc. Parl.*, 1903, p 312) déclare que cette mesure a *uniquement* pour but de permettre à ces deux établissements de recevoir des dons et legs. Il a été formellement entendu entre les ministres de l'Instruction publique et des Finances qui font cette proposition, qu'elle ne saurait avoir pour effet de leur donner une autonomie financière quelconque, et que leurs crédits continuraient à être gérés par le ministère de l'Instruction publique ». Le mot *uniquement* est certainement inexact ; la personnalité, une fois constituée a, qu'on le veuille ou non, d'autres conséquences que de permettre à l'établissement de recevoir des dons et legs. Et même cette faculté de recevoir des dons et legs ne découle pas pour un service public de sa personnalité. — V. les explications suivantes.

vise seulement l'un des actes que la société peut accomplir : le fait d'ester en justice. Pourquoi une allusion de ce genre à la capacité juridique des sociétés de secours mutuels, capacité variable, en dehors du droit de plaider, suivant qu'elle est libre, approuvée ou reconnue d'utilité publique? Pourquoi cette expression de personnalité civile qui sera un exemple à peu près unique de rédaction législative ? Je crois, en effet, qu'il est sans précédent qu'un texte de loi dise expressément d'une association ou institution quelconque qu'elle constitue une personne civile. On peut même affirmer que cette formule, par elle-même, ne signifie rien, car telle société emprunte le titre de personne civile à l'aptitude que la loi lui reconnaît d'accomplir tels ou tels actes juridiques dans telles ou telles conditions, alors qu'une autre société, personne civile elle aussi, ne peut accomplir que certains de ces actes à des conditions différentes. Mieux vaut, dès lors, éviter dans un texte législatif cette expression toute théorique de personnalité civile. Mieux vaut procéder par voie d'énumération, en indiquant spécialement et séparément les actes que telle association a le droit d'acomplir ».

M. Sauzet, à qui la Chambre donna finalement gain de cause, était ici l'écho de scrupules juridiques déjà plusieurs fois exprimés avant lui. Laurent, notamment avait déjà remarqué (ce qui est aujourd'hui devenu inexact) que le terme de personne civile ne se trouvait point dans la loi ; et l'on comprend fort bien qu'il ait été évité par le législateur à une époque où la théorie de la personnalité morale était encore très insuffisamment étudiée, et où du reste on redoutait tout ce qui pouvait ressembler à une résurrection des anciens corps

et communautés. Aujourd'hui, il y aurait, semble-til, quelque avantage à l'employer plus souvent. Les lois qui l'ont évité, en effet (et elles sont très nombreuses), ont dû se borner à *décrire* la personnalité morale ; elles l'ont fait en attribuant à l'établissement certains droits : celui d'ester en justice, de posséder, de recevoir des dons et legs, etc. (1). Mais, – et c'est ici que se présente la question d'interprétation dont nous parlions — cette manière de procéder prête souvent à l'équivoque, surtout quand il s'agit d'établissements rattachés à l'Administration. Ces établissements, en effet, peuvent *toujours* exercer les droits de cette nature ; s'ils ne peuvent pas en leur nom, ils le peuvent au nom de l'Etat, du département ou de la commune (2); pour que nous

(1) Exemples : caisse des écoles, loi du 10 avril 1867, art. 15 ; bureau d'assistance médicale, loi du 15 juillet 1893, art. 11 ; associations syndicales, loi du 21 juin 1865, art. 3, etc., etc. D'une manière générale ce procédé est employé dans toutes les lois antérieures à 1884 (c'est dans l'art. 111 de la loi du 5 avril 1884, que le mot *personne civile* se trouve pour la première fois). Les lois étrangères ont en général moins évité que les lois françaises le terme technique. En Allemagne, le Code civil a tout un chapitre sur les *personnes juridiques*. Beaucoup de lois cependant y ont employé le procédé descritif de nos lois françaises (V. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, pp. 31 et s.), mais en évitant l'équivoque en spécifiant que l'établissement peut faires les actes *en son nom* (*unter ihren Namen*). Les lois italiennes emploient les mots *enti morali*, ou *corpi morali*, parfois le mot *persona giuridicha*, V. Fadda et Bensa sur Windscheid, p. 775. Le Code civil espagnol emploie le mot *persona juridica* (art. 28-35).

(2) Qu'on se reporte ici aux explications que nous avons données plus haut à propos de la personnallité des Ministères et des grandes Administrations publiques, telle qu'elle est admise par MM. Marquès di Braga et Lyon. Il ne suffit pas, pour affirmer la personnalité des établissements, qu'ils aient des représentants distincts, car ces représentants peuvent être des représentants *spéciaux* de l'Etat

sachions s'ils sont doués de personnalité morale, il faut que la loi nous dise clairement s'ils agissent *en leur nom* ou au nom de l'une de ces collectivités ; et c'est précisément parce que la loi a reculé devant le mot propre que la solution qu'elle donne sur ce point est loin d'être toujours claire. De là vient les très nombreuses difficultés qui divisent les auteurs sur la question de savoir si la personnalité appartient à tel ou tel établissement.

Nous ne pouvons entrer ici dans le détail de toutes ces difficultés (1). Mais nous devons d'abord insister sur les divers intérêts pratiques que présente la question, ensuite indiquer les idées générales qui doivent servir à la trancher.

129. Sur le premier point l'observation que nous venons de faire montre que l'on se fait souvent une idée inexacte de la personnalité civile de ces établissements. Il n'est pas rare d'entendre dire que la concession de la personnalité civile à l'un d'eux a pour objet de lui permettre de recevoir des libéralités (2) ; or tous les services publics non personnalisés le peuvent par l'intermédiaire de l'Etat ou d'une corporation territoriale (commune ou département). Ce qui est vrai, c'est que souvent le législateur a eu en vue, en conférant la personnalité à un service public, de lui donner plus de chances de recevoir *en fait* des dons et legs, parce qu'on a observé qu'on

ou de la commune. Et à l'inverse, le fait qu'ils n'ont pas de représentants spéciaux ne suffit pas pour permettre à coup sûr de leur dénier la personnalité, comme le prouve la personnalité de la section de commune ou celle de la caisse des écoles.

(1) V. notamment Tissier, *Dons et legs*, nos 93 et s., et 144 et s. V. aussi Ducrocq, *Droit administratif*, 6e éd , t. II, nos 15-49 et s. Hauriou, *Droit administratif*, 5e éd., p. 483 et s.

(2) V. ci-dessus, p. 347 , note 1.

donne plus facilement à un établissement public qu'à l'Etat en vue d'un de ses services non personnalisés. Mais au point de vue juridique la seule différence à cet égard, c est que le premier acceptera la libéralité *en son nom* et le plus souvent (mais pas toujours) par l'intermédiaire de ses représentants spéciaux, alors que, pour les services non personnalisés la libéralité sera acceptée par les représentants de la personne morale dont ils dépendent et au nom de cette personne. Et ce qui est vrai des libéralités est vrai de tous autres actes juridiques, contrats, procès, etc.

En dehors de cet intérêt pratique, qui est *de forme* plus que de fond, il y aura encore beaucoup d'intérêts juridiques à distinguer les uns des autres les services personnalisés et les services non personnalisés. Voici les principaux :

1° Les formes nécessaires, soit pour créer, soit pour supprimer le service sont différentes. Nous avons dit qu'une loi était nécessaire pour créer un service personnalisé ; une loi sera également nécessaire pour le supprimer ou pour supprimer sa personnalité en le réunissant aux services d'une autre personne morale. On peut voir un exemple d'une suppression de ce genre dans la loi du 25 avril 1900, qui a supprimé la personnalité de l'Hospice du Mont-Genèvre, en transférant ses biens au département des Hautes-Alpes, avec obligation de leur conserver la même affectation Au contraire, la création, la transformation ou la suppression d'un service public non doué de personnalité rentre en principe dans la mission de l'autorité gouvernementale et administrative ; celle-ci n'est, à ce point de vue, limitée dans son action

que par la règle qui lui défend de modifier les lois existantes ;

2° La personnalité morale une fois créée, des obligations ou des règles de droit nouvelles ne peuvent en principe être imposées au service que par une loi, au lieu que l'Etat peut, par le simple exercice du pouvoir administratif, imposer des obligations nouvelles aux services qui dépendent directement de sa personnalité. Cette différence que nous croyons certaine en théorie, s'efface souvent dans la pratique par le fait que l'Etat peut indirectement, en vertu de ses pouvoirs de tutelle, contraindre un établissement non personnalisé à observer certaines règles non prescrites par la loi. Ainsi l'ordonnance du 14 janvier 1831, article 4, en interdisant de faire aux établissements ecclésiastiques ou religieux des donations avec réserve d'usufruit, n'a pu rendre ces établissements incapables, ce qu'il dépendait de la loi seule de faire, mais elle les a mis dans l'impossibilité pratique de profiter des libéralités de ce genre, car si elle ne lie pas ces établissements, elle lie les représentants de l'Etat chargés de leur tutelle (1). On trouve cependant dans la législation certaines applications plus ou moins conscientes de l'idée : ainsi elle peut expliquer pourquoi le décret du 4 juin 1888 fait aux associations ouvrières une situation de faveur à l'égard des marchés de fournitures ou de travaux publics ne s'applique qu'aux marchés de l'Etat, et qu'il ait fallu une loi spéciale pour l'étendre

(1) V. Tissier, *Traité des dons et legs*, nos 274-275. Cela suffit pour faire considérer comme entaché d'excès de pouvoir le décret qui autoriserait pareille libéralité. La même règle a été appliquée aux établissements d'utilité publique par la loi du 1er juillet 1901, art. 12.

aux marchés des communes (1), et pourquoi les décrets du 10 août 1899 sur les conditions du travail ont édicté des règles qui, obligatoires pour l'Etat, sont seulement facultatives pour les départements, communes ou établissements publics ;

3° L'établissement personnalisé a des droits subjectifs qu'il peut avoir à défendre en justice même contre la communauté territoriale d'où il dépend (Etat, département, commune). Au contraire, *à l'intérieur* d'une même personnalité, et notamment de l'Etat, les luttes entre les divers services ne sont point en principe de véritables luttes judiciaires ; chaque service ne peut invoquer vis-à-vis des autres services ni un droit de propriété sur les ressources qui lui sont affectées, ni un droit subjectif à la compétence qui lui est attribuée. En général, les difficultés entre les divers services de la même personne morale sont tranchées tout naturellement par voie administrative. Les exceptions à cette règle, par exemple celles que l'on trouve dans la procédure de conflit, sont, comme nous l'avons montré, plus apparentes que réelles. Mais il peut y avoir dans certains cas utilité à étendre les *formes* judiciaires aux difficultés de cet ordre ; si ces formes ont été historiquement introduites pour protéger les droits subjectifs il n'y a aucun obstacle de prin-

(1) Loi du 29 juillet 1893. Le rapporteur de cette loi explique sa nécessité par le fait qu'il s'agissait, à l'égard des communes, de modifier une disposition contenue dans la loi municipale (art. 115) ; mais cet article était déjà une application de l'idée qu'à l'égard des communes une loi était nécessaire pour régler cette matière. Aussi considérons-nous comme mal fondé l'avis du Conseil d'Etat du 27 juin 1889 (cité dans *Revue générale d'administration*, 1902, III, 161), qui déclare le décret de 1888 applicable aux marchés départementaux.

cipe à ce qu'on les applique à des cas où aucun droit subjectif n'est en cause, mais où une discussion contradictoire paraît nécessaire à l'intérêt général.

4° Les actes du service personnalisé n'engagent que lui-même, au lieu que les actes d'un service quelconque de l'Etat engagent l'Etat tout entier, de même que les actes d'un service communal engagent la commune tout entière. Cela est vrai pour les contrats. Cela est vrai aussi pour les actes illicites. L'Etat, le département, la commune, ne sont point responsables des fautes commises par les agents des établissements publics, alors qu'ils peuvent être responsables des fautes de leurs agents. C'est là un des intérêts de notre distinction qui se présentent le plus fréquemment dans la pratique. Ainsi, tandis que la commune n'est pas responsable des fautes commises par les agents de l'hospice ou de l'hôpital communal (lequel a la personnalité morale), le département est responsable des fautes commises par le personnel de l'asile d'aliénés (auquel la jurisprudence ne reconnaît pas la personnalité), ou par le personnel du service des enfants assistés (1). Cette responsabilité s'étend même au département de la Seine, le service des enfants assis-

(1) V. Cass., 6 décembre 1899, D. 1900. 1. 158. Il en résulte qu'une action dirigée contre le directeur de l'Assistance publique comme tuteur des enfants assistés est considérée comme dirigée contre le département, et comme telle soumise à la formalité du dépôt du mémoire. L'application de ces principes est fréquente en jurisprudence. V., p. ex., en ce qui concerne la responsabilité des administrations hospitalières. Cour de Bordeaux, *Revue des établissements de bienfaisance*, 1901, p. 16. Cour de Dijon, 18 mars 1903, *id.*, 1903, p. 229. Pour la responsabilité des départements à raison des fautes commises à l'asile d'aliénés non doué de personnalité. Lyon, 10 juillet 1894, *id.* 1894, p. 354.

tés n'ayant pas, malgré certaines apparences (notamment une représentation distincte en justice), la personnalité morale.

5° Les agents des établissements publics doivent, suivant nous, être considérés en principe comme des fonctionnaires publics (1); mais ils ne sont pas des agents de l'Etat, du département ou de la commune, et les règles particulières aux agents de ces personnes morales ne leur sont pas applicables (à moins qu'ils ne soient, en même temps, au service de l'une de ces personnes). C'est ainsi que les agents d'un hospice communal (receveur, médecins, économe, etc.), n'ont pas la qualité d'agents salariés de la commune, qualité qui d'après l'article 33 de la loi municipale, les rendrait inéligibles au conseil municipal (2). Au contraire les médecins des services départementaux d'assistance tombaient sous le coup de l'article 10 de la loi du 10 août 1871, parce que ces services n'ont pas la personnalité morale, et il a fallu des textes spéciaux pour les soustraire à la disposition de cet article (3).

6° Les règles écrites dans la loi pour l'Etat, le département ou la commune, ne s'appliquent pas de plein droit à leurs établissements publics, alors qu'ils s'appliquent tout naturellement à leurs services non personna-

(1) V. *suprà*, n° 84, p. 208.

(2) Cons. d'Et., 12 janvier 1900, D. 1901. 3. 40.

(3) V. l'arrêt du Conseil d'Etat du 1er décembre 1899 (*Revue des établis. de bienf.*, 1900, p. 35), qui applique l'art. 10 aux médecins des enfants du premier âge. La loi du 8 juillet 1901 est intervenue tout exprès pour écarter cette jurisprudence, très bien fondée au point de vue juridique, mais trop rigoureuse en pratique. Déjà la loi du 15 juillet 1893, art. 34, avait écarté l'incompatibilité pour les médecins chargés du service de l'assistance médicale.

lisés. On peut citer comme exemples : la règle de la déchéance quinquennale, qui n'est écrite que pour les dettes de l'Etat, et qui ne doit pas s'appliquer aux dettes des établissements publics, même nationaux (1); la règle de la compétence du ministre pour connaître des contestations relatives aux marchés de fourniture intéressant l'Etat, règle qui ne doit pas s'appliquer aux établissements publics, dont les marchés doivent rester dans la compétence judiciaire (2) ; la règle du dépôt du mémoire pour les procès dirigés contre l'Etat, les communes, et les départements. Cette dernière règle a été déclarée applicable, par la disposition implicite des articles 9 et 10 de la loi du 7 août 1851, aux établissements hospitaliers communaux, mais elle ne s'applique pas aux autres établissements publics (3).

Dans le même ordre d'idées on doit admettre que les faveurs fiscales faites à l'Etat, aux départements ou aux

(1) Nous considérons comme critiquable l'arrêt du Cons. d'Et., du 22 juin 1900 (D. 1901. 3. 74) qui applique le principe de la déchéance quinquennale au service de la Légion d'honneur, en se basant sur le fait que le budget de ce service est un budget annexe du budget de l'Etat, motif insuffisant pour établir la non-personnalité du service (Suivant nous, c'est bien un établissement public). L'arrêt du 19 juillet 1900 (D. 1904. 3. 84) a au contraire raison d'appliquer la déchéance à l'Administration des chemins de fer de l'Etat, parce que cette Administration n'est pas une personne morale.

(2) Le Trib. de la Seine, par un jugement du 21 décembre 1901, (*Journal des Débats*, du 22) a cependant refusé de se reconnaître compétent pour un marché de fournitures intéressant les asiles de Vincennes, et de Vacassy, en déclarant qu'il importe peu que ces établissements aient la personnalité civile, et qu'il suffit, pour justifier la solution, que leur gestion intéresse les finances de l'Etat. Mais c'est à nos yeux une hérésie juridique.

(3) V. Derouin et Worms, *Traité des autoris. de plaider* p. 181 et s.



communes, ne profitent (en dehors d'une disposition formelle de la loi) qu'à leurs services non personnalisés, et non aux établissements publics qui dépendent d'eux. Il en est ainsi notamment de l'article 70, § 2, n° 1, de la loi du 22 frimaire an VII, texte qui ordonne d'enregistrer gratis les acquisitions et échanges faits par la République, ainsi que les partages de biens entre elle et des particuliers. Ce texte ne peut profiter qu'aux services d'Etat non personnalisés, et doit profiter à tous ceux qui ont ce caractère (1). Il en était ainsi également des textes qui soumettaient à des règles spéciales les droits d'enregistrement des ventes d'immeubles domaniaux, textes aujourd'hui abrogés par l'article 8 de la loi du 31 mars 1903.

130. L'intérêt de la question étant ainsi indiqué, nous pouvons maintenant exposer les idées générales qui

(1) La jurisprudence administrative est loin d'avoir toujours suivi ce critérium d'une manière fidèle. V. Wahl, *Régime fiscal des libéralités aux personnes morales* (dans *Revue du droit public*, 1895, p. 226 et s), et *Traité de droit fiscal*, t. I, n° 221. C'est ainsi que l'exemption de droits n'a pas été accordée aux marchés passés par les chemins de fer de l'Etat (qui cependant ne sont autre chose que l'Etat lui-même), et qu'en sens inverse l'exemption de droit a été appliquée à la libéralité faite par le duc d'Aumale à l'Institut, bien que ce dernier ait la qualité d'établissement public. Elle a été admise aussi, non seulement en faveur des lycées (dont la personnalité civile est douteuse), mais en faveur des universités et des facultés, qui sont certainement aujourd'hui des établissements publics. Cette jurisprudence a été soutenue en doctrine par M. Itier : *Les dons et legs faits aux Facultés de l'Etat sont-ils assujettis au droit de mutation ?* (*Revue générale du droit*, 1895, p. 1 et suiv.). Mais elle est mal fondée. Les établissements publics d'assistance ne sont pas exemptés, mais soumis pour les donations au droit de 9 0/0 (loi du 23 février 1901, art. 19). Comment admettre que le législateur ait entendu exempter entièrement les établissements d'instruction ?

doivent servir à la trancher. Ce sont suivant nous les suivantes :

1° Il faut remarquer tout d'abord, avec MM. Marquès di Braga et Lyón (1), que la personnalité morale d'un service public ne découle pas nécessairement de ce que ces auteurs nomment, avec grande justesse, son *individualité financière :* « Etre investi de l'individualité financière, c'est avoir un budget, un ordonnateur, un payeur, des comptes ; or, un service public peut posséder, en tout ou en partie, ces attributs de la vie administrative sans avoir la personnalité civile, de même qu'à l'inverse il peut être investi de cette personnalité sans posséder tous ces éléments d'une existence financière indépendante ». L'individualité financière, en effet, n'est qu'une mesure d'ordre, un simple mécanisme administratif, ayant pour objet de faciliter et de simplifier la gestion de certaines branches des revenus publics et de faire apparaître d'une manière immédiate, au moyen d'un compte séparé, les résultats de cette gestion. Elle appartient à certains établissements ou à certains groupements qui se rattachent à l'Etat, à la

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 39 du tirage à part, nos 171 et suiv. Voir aussi Tissier, *Dons et legs*, n° 89. L'individualité financière n'est pas un phénomène nouveau ; les Etats un peu étendus ont toujours éprouvé le besoin d'avoir plusieurs caisses distinctes possèdant des caisses séparées. C'est de là que sont nées les discussions sur les *stationes fisci* (V. *suprà*, n° 110). La distinction de la personnalité civile et de l'individualité financière a été introduite expressément dans le décret du 25 mars 1901, art. 3. Ce texte concernant les *ciasses autonomes* créées par les sociétés de secours mutuels, déclare que ces caisses n'ont pas une personnalité civile distincte de celle de la société ou de l'union dont elles font partie, mais qu'elles constituent une personnalité financière indépendante.

commune ou à certains établissements publics, et qui ne peuvent pas prétendre pour cela avoir un patrimoine autonome et des droits opposables à ceux de ces collectivités. C'est ainsi que le fonds de cotisations municipales et particulières (1) groupe dans un service financier unique des deniers provenant tout à la fois des communes, des établissements publics et des particuliers, sans que jamais personne ait songé à lui attribuer la personnalité morale. C'est ainsi encore que la Caisse des dépôts et consignations, la Caisse d'épargne postale, l'Ecole centrale des arts et manufactures, les asiles départementaux d'aliénés et d'autres établissements analogues, ont une individualité financière incontestable, sans que cela démontre l'existence à leur profit de la personnalité morale, qui pour plusieurs d'entre eux est au moins très douteuse. A l'inverse, la section de commune, dont la personnalité civile est certaine, n'a aucune autonomie financière, pas plus que les caisses des écoles ou les caisses de retraite des fonctionnaires départementaux ou communaux (2). On ne peut donc conclure de l'une de ces qualités à l'autre ; on ne doit pas même admettre, comme le fait M. Tissier (3), que la personnalité financière doit faire présumer la personnalité morale. Tout ce qu'on peut dire, c'est que la réunion de ces deux qualités constitue le fait normal et qu'une individualité financière bien caractérisée peut, lorsqu'elle est jointe à d'autres circonstances, être considérée comme l'un des

(1) Marquès di Braga et Lyon, no 185.
(2) *Eod. loco.*, nº 180.
(3) *Loc. cit.*, nº 153.

éléments qui peuvent permettre d'interpréter, dans le sens de la personnalité, la pensée du législateur;

131. 2° Certaines branches de l'administration ne doivent point être regardées comme douées de personnalité morale, parce qu'elles y répugnent par leur nature même. Ce sont toutes celles qui représentent des services d'intérêt général ne correspondant à aucun groupement distinct du groupement national ou territorial. Nous avons déjà fait remarquer que, si le législateur confère à ces services la personnalité, ce ne peut être qu'une pure fiction; et cette fiction ne doit jamais se présumer, alors même que le service aurait une administration autonome et une individualité financière incontestables. Les armées de terre et de mer, les cours et tribunaux, le Sénat et la Chambre des députés, le Conseil d'Etat, les départements ministériels, nous offrent des exemples de services de cette nature. Si on leur reconnaît le droit de recevoir des libéralités, ce ne peut être qu'au nom de l'Etat. Il en est de même, suivant nous, de la Caisse des dépôts et consignations, dont le service est d'un intérêt si général qu'il serait impossible de trouver à sa personnalité un substratum distinct; et cela suffirait à nos yeux, même en l'absence des autres motifs que nous indiquerons plus loin, pour lui faire refuser la personnalité morale (1). Il en est de même encore de l'Administration des ponts et chaussées, à qui il est impossible de dénier, à raison même des travaux qu'elle entreprend, la qualité d'administration dépendant directement de l'Etat(2-3).

(1) Voir *infrà*, p. 364, les détails que nous donnons sur ce point.
(2) La personnalité de l'Administration des ponts et chaussées a



Dans cette catégorie, il faut ranger encore toutes les Administrations qui ont pour objet de faire rentrer les revenus publics, telles que les grandes régies financières; et on doit y joindre celles qui gèrent, pour le compte de l'Etat, un monopole ou une exploitation industrielle. Les deniers de ces administrations ne sont au fond que des deniers de l'Etat (sinon au point de vue financier, du moins au point de vue civil); c'est ce

toujours été niée par la jurisprudence : Douai, 18 mai 1896, D., 99. 2. 401 et la note.

(3) D'une manière générale la solution s'applique à tous les *organes* de l'Etat, du département ou de la commune. Ces organes, alors même qu'ils sont organisés collégialement comme les Chambres, les conseil généraux ou les conseil municipaux, ne sont point des personnes morales (v. plus haut la théorie de l'organe, nos 59 et s.). La personnalité de ces assemblées, et notamment la personnalité des Chambres, a cependant été défendue par M. Hauriou (Note dans Sirey 99. 3. 145, sous Cons. d'Et., aff. Jolly, et *Droit administratif*, 4e éd., p. 373 ; 5e éd., p. 350). « Cette personnalité, dit M. Hauriou, est la conséquence naturelle de ce fait que les assemblées délibérantes ont une volonté déterminée par la majorité des voix ». M. Hauriou, est en cela logique avec sa théorie de la personnalité morale ; voyant dans le droit subjectif une volonté protégée, et considérant comme sujet du droit celui dont la volonté est protégée, il lui est difficile de ne pas admettre une certaine personnalité de l'organe. Pour nous qui définissons le droit subjectif par l'*intérêt* protégé, et voyons le sujet du droit dans l'individu ou le groupe dont la volonté est protégée, il saute aux yeux que les assemblées délibérantes ne sont point des sujets de droit, mais seulement des organes. Les arguments secondaires invoqués par M. Hauriou à l'appui de sa thèse ne sont rien moins que décisifs. La dotation des Chambres est celle d'un service public non-personnalisé, et les particularités que présente son administration s'expliquent par l'idée d'individualité financière. Quant aux actions données dans certains cas aux conseil généraux et aux conseils municipaux pour défendre leurs prérogatives, elles doivent être regardées comme exercées en réalité au nom du département ou de la commune.

dernier qui souffrira directement de leurs pertes et qui profitera de leurs gains. Nous n'admettrons donc point la personnalité de l'Imprimerie nationale, des manufactures de Sèvres, des Gobelins ou de Beauvais, ni celle de l'Administration des chemins de fer de l'Etat. Sur ce dernier point, on a pu longuement discuter, parce qu'il a été dans les intentions des fondateurs du réseau de l'Etat de le douer d'une large autonomie et de le faire exploiter d'une manière analogue aux chemins de fer concédés. Mais la force des choses l'emportera nécessairement sur des dispositions artificielles, et la jurisprudence paraît bien, dès aujourd'hui, incliner dans notre sens (1);

(1) La personnalité de l'Administration des chemins de fer de l'Etat a été soutenue notamment par M. Marguerie en 1885 (D. 87. 3. 1) et devant le Tribunal des Conflits en 1889 (D. 91. 3. 1). Elle avait été reconnue par l'arrêt de la Cour de Paris du 30 janvier 1889, qui, dans l'espèce sur laquelle ont été données ces dernières conclusions, avait argumenté de cette personnalité pour établir la compétence judiciaire à l'égard de certains marchés passés par cette Administration. Le Tribunal des Conflits, dans la décision qui a suivi ces conclusions (22 juin 1889) ne s'est pas prononcé sur la question de personnalité. Depuis lors la Cour de Cassation paraît avoir condamné la thèse de personnalité par l'arrêt du 22 mars 1899 D. 99. 1. 452), qui reconnait aux employés de cette Administration la qualité d'agent de l'Etat, et le Conseil d'Etat l'a condamnée plus nettement encore en appliquant la déchéance quinquennale aux dettes des chemins de fer de l'Etat (13 juillet 1900. D. 1901. 3. 84). Cpr. la note de M. Sarrut, sous Cass., 18 novembre 1895. D. 98. 1. 497.

Il est à remarquer que les apparences de personnalité que l'organisation de cette Administration pouvaient présenter de 1878 à 1895, ont en partie disparu par suite du décret du 10 décembre 1895, qui a réorganisé le service en substituant au conseil d'administration autonome du décret de 1878 un simple conseil de réseau, n'ayant que des attributions consultatives, et en confiant

132. 3° Le critérium précédent sera loin d'être toujours suffisant, d'abord parce que son application peut prêter à discussion, ensuite parce qu'il est purement négatif ; il exclut certaines administrations, mais il n'indique pas quels seront, parmi les services aptes à être personnalisés, ceux que le législateur aura jugé à propos de douer d'une vie propre. Force sera bien, pour tous ceux-là et pour ceux dont la situation au point de vue précédent pourra paraître douteuse, de rechercher de plus près l'intention du législateur. C'est, en général, en examinant *en son entier* la situation de l'établissement que l'on pourra conclure : aucun signe extérieur ne peut être considéré à lui seul comme infaillible. Une dotation affectée à l'établissement, la faculté reconnue à son profit de recevoir des dons et legs, celle de conserver ses bonis, une organisation autonome, l'individualité financière, une représentation distincte en justice, seront autant de signes de la personnalité ; ce sont des circonstances qui la feront présumer, surtout si elles sont réunies. Mais aucune d'elles, prise isolément, n'est absolument décisive (1). Nous ne croyons pas, par exemple, à

la direction du service à un directeur responsable devant le Ministre, lui-même responsable devant les Chambres. Il est visible aujourd'hui que l'Administration des chemins de fer de l'Etat n'est pas soumise aujourd'hui au simple *contrôle* de l'Etat, mais bien à sa direction ; elle est gérée sous l'*autorité* du Ministre (Cpr. Colson. *Abrégé de la législ. des chemins de fer et tramways*, 2e éd., p. 30). En outre, dès le début, le budget de cette Administration a figuré comme budget annexe au budget de l'Etat auquel le produit net est versé annuellement.

(1) De toutes ces circonstances, celle qui entraînera la présomption la plus forte sera le droit pour le service de conserver ses bonis. Elle sera même décisive toutes les fois qu'elle constituera *un droit*. Mais on peut admettre dans certains cas qu'elle n'est accordée au

la personnalité de la Caisse d'épargne postale, bien qu'elle présente plusieurs de ces caractères : d'après la loi du 9 avril 1881, articles 15 et 16, elle a une dotation, elle peut recevoir des libéralités et elle peut conserver ses bonis. Mais elle est instituée sous la garantie de l'Etat, placée directement sous l'autorité du Ministre des Postes ; elle est donc gérée par l'Etat, et en réalité n'est pas autre chose que l'Etat lui-même, car il n'est pas douteux que ce dernier ne fût chargé, le cas échéant, de pourvoir à l'insuffisance des fonds de la dotation ; c'est donc à lui que profitent, en réalité, les dons et legs adressés à la Caisse ; celle-ci peut recevoir, comme tous les autres services publics, mais elle reçoit au nom de l'Etat (1). Nous admettrions moins encore la personnalité de la Caisse des dépôts et consignations, non seulement à raison du motif que nous indiquions plus haut, mais aussi parce qu'il lui manque la plupart des caractères extérieurs que nous venons d'énumérer ; le seul qu'elle possède, c'est une administration indépendante et douée d'une certaine autonomie (2) ; mais cette autonomie est insuffisante pour qu'on soit obligé de considérer ses représentants comme autre chose que des repré-

service qu'à titre de simple tolérance, et cela empêche qu'on puisse la considérer à elle seule comme décisive.

(1) En ce sens, solution de l'Administration de l'Enregistrement du 12 juin 1886, citée par Marquès di Braga et Lyon, nº 183. *Contrà* Tissier, *Dons et legs*, nº 165.

(2) Elle a une commission de surveillance, qui par sa composition n'est pas dans la dépendance immédiate du Gouvernement ; un directeur responsable, nommé par le chef de l'Etat et révocable seulement sur la demande motivée de la commission de surveillance : enfin un caissier général distinct du caissier central du Trésor public. Elle a donc, avec une administration distincte, l'individualité financière.

sentants de l'Etat. Elle n'a pas d'ailleurs de dotation qu'on puisse considérer comme lui appartenant ; les deniers qu'elle manie sont ceux de l'Etat qui est maître de son actif, comme il serait, s'il y avait lieu, responsable de son passif ; elle n'a pas même le droit de conserver ses bonis, et chaque année les bénéfices que son maniement lui assure sont versés au budget de l'Etat (1). On a affirmé, il est vrai (2), que ce n'était là qu'un simple usage, une tradition que l'on ne pouvait appuyer sur aucun texte impératif; et on a ajouté que, dans les conditions d'indépendance où elle fonctionne, la Caisse pourrait légalement se refuser à ce versement annuel, sans que le Ministre des Finances ait sur elle un pouvoir de coercition. Mais il est à remarquer que ce versement lui est imposé chaque année par une loi spéciale. En outre, pour une partie au moins de ses bénéfices, il y a aujourd'hui un texte général : l'article 43 de la loi du 16 avril 1895 déclare acquises *à l'Etat* les sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations, lorsque, par suite de la prescription trentenaire, elles ne peuvent plus être revendiquées par les déposants. Ce texte achève de démontrer à nos yeux que la Caisse des dépôts et consignations est bien l'Etat lui-même, l'Etat dépositaire, comme le Trésor public est l'Etat créancier ou débiteur.

(1) Ils sont compris dans l'état annexé chaque année au budget sous la rubrique de : Tableau des droits, produits et revenus dont la perception est autorisée, conformément aux lois existantes, au profit de l'Etat, des départements et des communes ; voir la partie de cet état comprise dans le § 4, *Produits divers du budget* ; il comprend les bénéfices réalisés par la Caisse (4.700.000 fr. pour le budget de 1900) et les sommes acquises à l'Etat en vertu de la loi du 16 avril 1895 (400.000 fr. pour le même budget).

(2) *Répertoire de Béquet*, v° Caisse des dépôts, n° 52.

Elle peut recevoir des dons et legs, mais ceux-ci ne peuvent profiter à d'autres qu'à l'Etat (1).

Au contraire, nous serions disposé, malgré l'opinion générale, à admettre la personnalité des asiles départementaux d'aliénés, même de ceux qui ne sont pas compris dans les quelques asiles autonomes dont la personnalité est reconnue par tout le monde (2). Il est vrai que ces asiles sont créés par les départements, que le conseil général vote leur budget et a une certaine action sur eux. Mais ils ont une administration autonome, analogue à celle que la loi a donnée, dans la commune, aux hospices et hôpitaux ; leurs directeurs responsables sont soumis, dans leur gestion, à peu près aux mêmes règles que les commissions administratives des hospices communaux (ordonn. du 18 décembre 1839, rendue en exécution de la loi du 30 juin 1838). En outre, le département n'est pas obligé légalement de subvenir à leurs besoins, puisque aucun texte ne classe les dépenses de ce genre parmi les dépenses obligatoires ; et enfin, ils ont la possibilité de conserver leurs bonis ; le Conseil d'Etat a décidé, en effet (3), que le conseil général ne pouvait pas détourner leurs excédents de recettes pour doter d'autres services

(1) En notre sens, Ducrocq, *Droit administratif*, 6e éd., t. II, no 1097, et 7e éd., t. V, no 1940. — Tissier, *Dons et legs*, no 97. — Mais, en sens contraire : Aucoc, *Conférence*, st. I, no 207, et t. II, no 604. — *Répertoire de Béquet*, vo Caisse des dépôts, no 52. — Marquès di Braga et Lyon, no 183. — Hauriou, *Droit administratif*, 5e éd., p. 484, note 1. — Cass , 22 février 1893. D., 93. 1. 235. — Boucart et Jèze, *Science des finances*, 2e éd., p. 476.

(2) Ce sont les asiles d'Aix (Bouches-du-Rhône), Saint-Pierre de Marseille, Bordeaux et Cadillac (Gironde), Armentières et Bailleul (Nord), Bassens (Savoie).

(3) Conseil d'Eat, 23 mars 1880, D., 80. 3. 114.

départementaux. Ce trait, joint à celui d'une administration autonome, nous paraît suffisant pour permettre de conclure à la personnalité (1).

Nous admettons aussi, sans hésitation, la personnalité des lycées et des autres établissements d'instruction publique à qui l'article 15 de la loi du 7 août 1850, en supprimant la personnalité de l'Université de France, a conservé expressémeut le droit d'acquérir et de posséder, sous les conditions déterminées par les lois. Ces expressions nous paraissent témoigner d'une manière formelle que le législateur a eu l'intention de leur conserver la personnalité civile (2) ;

133. 4° Les explications précédentes nous paraissent suffire pour montrer les idées générales qui peuvent conduire à la solution de la question. Mais une dernière remarque nous semble nécessaire en ce qui concerne les établissements ecclésiastiques. Ceux-ci diffèrent des précédents en ce que, si on ne leur reconnaît pas la personnalité, celle-ci ne sera point suppléée par celle de

(1) La jurisprudence est ici absolument contraire. Elle admet que c'est le préfet qui est le représentant légal de l'asile toutes les fois que la loi ne donne pas expressément compétence au directeur (voir Conseil d'Etat, 6 avril 1842. Tissier, *Dons et legs*, n° 155), et que ce dernier n'a que l'administration *intérieure* ne l'établissement et la *gestion* de ses biens, mais qu'il ne peut le représenter dans aucun acte d'acquisition et de disposition. Elle en conclut que le département est responsable des fautes commises dans ce service (Lyon, 10 juillet 1894, *Revue des établissements de bienfaisance*, 1894, p. 354). La plupart des auteurs sont dans le même sens. Mais voir dans notre sens Tissier, *Dons et legs*, n° 155, et Hauriou, p. 485.

(2) En se sens, Tissier, n° 144, et Ducrocq. n° 1552. Mais voir en sens contraire la solution de l'Administration de l'enregistrement du 15 avril 1865.

l'Etat, du département ou de la commune ; ces collectivités, en effet, ne se chargent point directement de services ayant un caractère confessionnel ; elles n'accepteront donc pas, avec charge d'affectation, les libéralités qui seraient adressées à des établissements ecclésiastiques non reconnus, et ces libéralités deviendront purement et simplement caduques. La question de personnalité présente donc ici un intérêt tout particulier. Elle n'est pas douteuse pour la plupart des établissements publics de cet ordre : fabriques, menses curiales et épiscopales, chapitres, séminaires, consistoires protestants et israélites. Mais elle a été très vivement discutée en ce qui concerne les diocèses. On sait que le Conseil d'Etat, après avoir admis en pratique leur personnalité jusqu'en 1840, l'a niée de 1840 à 1874, l'a admise à nouveau de 1874 à 1880 (1), enfin est revenu, à cette dernière date, à sa jurisprudence négative (2). Nous ne voulons pas entrer dans les détails de la question. Ce que nous voulons faire remarquer, c'est qu'il suffit, pour la résoudre par l'affirmative, de démontrer que les diocèses peuvent faire un acte quelconque de la vie civile, par exemple peuvent accepter des dons et legs. Ici en effet, si cette faculté existe, elle n'est point équivoque, comme pour les établissements précédents ; il est certain que s'ils peuvent acquérir, c'est en leur nom, et non pas au nom d'un tiers. Aussi serions-nous disposé à admettre comme fondée la jurisprudence de 1874, en nous basant principalement sur l'article 73 de la loi du 18 germinal an X, qui permet à l'évêque d'accepter les

(1) Avis du 13 mai 1874. D. 75. 3.86.
(2) Avis du 6 avril 1880. D. 80. 3. 65.

fondations ayant pour objet l'entretien des ministres et le service du culte. On n'a pu enlever à ce texte sa valeur qu'en le considérant comme créant une organisation provisoire, qui est devenue inutile par l'organisation postérieure des autres personnes ecclésiastiques : menses, fabriques, séminaires, chapitres. Mais la vérité est que l'existence de ces derniers établissements ne rend nullement inutile la personnalité du diocèse, car ce dernier représente des intérêts collectifs tout différents, ceux du groupe de fidèles de la circonscription tout entière. L'avis du Conseil d'Etat du 13 mai 1874 n'a pas eu de peine à démontrer que le diocèse, considéré comme personne morale, pouvait avoir un rôle utile à jouer à côté des autres établissements ecclésiastiques ; et cela suffit pour qu'on ne puisse considérer l'organisation de ces établissements comme abrogeant implicitement l'article 73 (1).

134. V.— La situation des établissements publics consacrés au culte nous paraît nécessiter, à un autre point de vue, quelques explications complémentaires. Le principe de la liberté de conscience, qui est l'une des bases de notre droit moderne, exige que l'Etat reconnaisse aux Eglises non seulement le droit d'exister, mais aussi le droit de posséder, sous une forme ou sous une autre, les biens nécessaires à l'exercice du culte. En fait les procédés employés par l'Etat pour donner satisfaction à ce besoin peuvent varier à deux points de vue.

D'une part, il pourra, ou reconnaître la personnalité

(1) Voir principalement en ce sens la lettre de Jules Simon au président du Conseil d'Etat, en date du 27 novembre 1872, rapportée dans Tissier, *Dons et legs*, n° 179.



de l'Eglise elle-même, en lui laissant le soin de répartir les biens entre les établissements particuliers qui dépendront d'elle, ou au contraire se refuser à reconnaître la personnalité de l'Eglise, et se borner à admettre celle d'établissements spéciaux strictement limités dans leur mission. La première solution est la seule sans doute qui donne entière satisfaction aux besoins des Eglises (1). La seconde peut cependant en pratique être admise par les Eglises elles-mêmes comme équivalente, à condition qu'elle ne soit point appliquée dans un esprit de tracasserie ou de persécution, et que l'ensemble de la législation permette de créer toutes les personnes morales nécessaires aux besoins réels de l'Eglise. On sait que notre législation admet seulement, au point de vue de la capacité civile en droit interne, cette seconde solution. Elle admet la personnalité juridique des fabriques, menses, séminaires, consistoires, etc,, non celle de l'Eglise catholique ou de l'une quelconque des Eglises dissidentes. On doit cependant considérer l'Eglise catholique comme ayant une personnalité de droit public, reconnue pas l'Etat lui-même au moment du Concordat, et manifestée par les relations, tout à fait analogues à des relations internationales, que le gouvernement français a entretenues avec le Saint-Siège jusqu'à une époque toute récente. La rupture des relations diploma-

(1) L'Eglise catholique a toujours affirmé qu'elle était une *société parfaite*, ayant par elle-même le droit de posséder; et le Syllabus a condamné, sous le nº 26, la proposition : *Ecclesia non habet nativum ac legitimum jus acquirendi ac possidendi*. Mais il est évident qu'en pratique cette capacité naturelle de l'Eglise est, comme celle de l'homme lui-même, subordonnée dans son exercice à la reconnaissance par l'Etat. V. Meurer, *Der Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen.*, t. I, p. 125 et s.

tiques qui existe à l'heure ou nous écrivons, ne peut pas plus être considérée comme ayant supprimé cette personnalité de droit public, que la rupture des relations diplomatiques avec un Etat n'entraînerait la négation de la personnalité internationale de cet Etat. La reconnaissance de cette personnalité de droit public n'entraîne pas nécessairement dans le droit interne la reconnaissance de la personnalité de droit privé (1), puisque cette personnalité est suppléée par celle des établissements ecclésiastiques particuliers. Nous croyons cependant qu'elle entraîne nécessairement, pour le Saint-Siège, possibilité d'acquérir et de posséder en France pour les besoins de sa personnalité diplomatique, car ces besoins ne sont desservis par aucun des établissements particuliers reconnus par notre loi, et les textes qui instituent ces établissements particuliers, n'ayant visé que l'organisation *interne* de l'Eglise de France, ne doivent pas être considérés comme ayant exclu la personnalité diplomatique du Saint-Siège et ses conséquences (2).

D'autre part, l'Etat peut prendre vis-à-vis des Eglises des situations diverses qui vont depuis la séparation absolue, jusqu'à l'union intime et même jusqu'à la con-

(1) Cpr. Hinschius, dans l'*Handbüch* de Marquardsen, t. I. *Staat und Kirche*, p. 258. Il considère que, lorsque l'Etat reconnaît une église à titre de personnalité de droit public, la capacité de posséder en dérive pour l'Eglise *naturellement*, mais non *essentiellement*, cette capacité pouvant être en fait remplacée par celle des établissements particuliers.

(2) V. pour le détail de la question notre article sur la *Capacité en France des personnes morales étrangères et en particulier du St-Siège*. Dans la *Revue générale de Droit intern. public*, t. I, (1894) p. 193 et s., notamment p. 217 et s.

fusion des deux pouvoirs; et c'est suivant la situation qu'il aura adoptée à ce point de vue que devra être tranchée la question de savoir si les Eglises (ou les établissements ecclésiastiques qui en tiennent lieu) doivent être considérées comme des personnes morales de droit public ou comme des personnes morales de droit privé. Le premier de ces deux points de vue sera adopté partout où l'on considérera les services du culte comme de véritables services publics, à raison soit de la confusion du pouvoir civil et du pouvoir spirituel entre les mains de l'Etat, soit de l'intérêt que l'Etat attache au développement de l'idée religieuse. Jusqu'ici c'est le système suivi en France, où les établissements du culte sont certainement considérés comme des établissements publics et à ce titre participent aux faveurs et aux servitudes attachées à la qualité de service public. C'est d'ailleurs le système suivi encore à l'heure actuelle dans presque tous les pays. Au contraire le régime de la séparation absolue, tel qu'il est projeté dans la loi en discussion au moment où nous écrivons, entraîne comme corollaire la classification des personnes morales représentant les églises parmi les personnes morales de pur droit privé.

Quel que soit le système adopté, on doit dire d'ailleurs que les droits appartenant aux personnes morales qui représentent les Eglises sont bien des droits véritables. La personnalité en effet correspond ici incontestablement à un groupement *distinct* de la collectivité nationale ou des collectivités locales, le groupement des personnes appartenant, dans la France entière, ou dans une circonscription territoriale inférieure, à une confes-

sion religieuse (1). L'Etat n'est pas plus le propriétaire de ces biens que des biens affectés aux indigents, et ses droits à leur égard sont même moindres qu'à l'égard des biens des pauvres ; car pour ces derniers, ils se trouve en présence de fondations, dont il est parfois lui-même l'auteur, et dont, dans le cas contraire, le fondateur a disparu ; pour les biens des Eglises, au contraire il se trouve en présence de véritables corporations vivantes et agissantes. Il peut, vis-à-vis de ces corporations, adopter des politiques diverses, il ne peut en nier l'existence, et quand il institue des établissements du culte, il n'en est pas en réalité lui-même le fondateur, il ne fait que les reconnaître et les classer parmi les établissements chargés d'un service public. Mais l'initiative en cette matière n'est jamais venue de lui, et il ne peut aucunement prétendre être le véritable propriétaire des biens amassés par la corporation dont il a reconnu l'existence.

(1) Quoi qu'on en ait pu dire dans la discussion du projet de séparation, ce groupement était déjà distinct de la collectivité nationale en 1789 ; car à cette époque déjà il y avait des dissidents en France. C'est ce que méconnaissait Mirabeau quand il assimilait les biens du clergé aux biens de la marine ou de l'armée. (V. *Archives parlementaires*, t. X, p. 609), et en concluait que l'Etat était le véritable propriétaire. Nous nous contenterons ici de cette brève indication, l'examen des diverses thèses soutenues à propos du projet de loi sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat nous paraissant mieux placé dans la partie de cet ouvrage où nous traiterons de la suppression des personnes morales. V. cep. *infrà*, p. 381.

CHAPITRE IV

LA CRÉATION DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVÉ

SOMMAIRE : **135**. Position de la question. — **136.** Historique du droit moderne. La législation de l'ancien régime au XVIIIe siècle; ses idées directrices. — **137**. Point auquel elle aboutit : la personnalité morale n'est reconnue qu'à l'Etat et aux services publics qu'il tient sous sa dépendance; application et conséquences de cette idée pendant la période révolutionnaire. — **138.** Son application sous le Consulat et l'Empire; toutes les personnes morales reconnues à cette date sont de véritables établissements publics. — **139**. Origine de la théorie des établissements d'utilité publique. — **140**. Reconnaissance, progressivement admise par notre législation, de la personnalité morale des groupements privés. — **141**. Evolution analogue dans d'autres pays. — **142.** Revue sommaire de législation comparée sur la personnalité morale des associations. — **143**. Ordre à suivre dans l'étude de la législation française et place à faire à l'étude des établissements d'utilité publique.

§ 1. *Associations soumises au droit commun*. — **144**. Législation antérieure à 1901. — **145**. Système du projet de loi Waldeck-Rousseau. — **146**. Système qui a triomphé : petite et grande personnalité. — **147**. Formation de l'Association. — **148**. Formalités à remplir pour obtenir la petite ou la grande personnalité. — **149**. Situation juridique de l'Association avant qu'elle ait obtenu la reconnaissance. Sa vie embryonnaire. — **150**. Régime des biens possédés en fait par les associations dépourvues de personnalité.

§ 2. *Associations soumises à des règles spéciales*. — **151**. Classification. — **152**. Congrégations religieuses. Définition et historique. — **153**. Situation juridique antérieure à 1901. — **154**. Situation juridique d'après la loi du 1er juillet 1901. — **155**. Associations privilégiées. Associations syndicales de propriétaires. — **156**. Syndicats professionnels. — **157**. Sociétés de secours mutuels. — **158**. Sociétés ou caisses d'assurances mutuelles agricoles.

§ 3. *Sociétés*. — **159**. Sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions. — **160** Sociétés d'assurances mutuelles.

§ 4. *Fondations*. — **160** *bis*. Notions générales. — **161**. La fondation personne morale ne peut pas, dans notre droit, être constituée par un acte *sui generis*. Conséquences de l'application du droit commun en cette matière. Fondation par le fondateur lui-même, de son vivant. — **162**. Fondation à cause de mort. Premier procédé possible. Don et legs fait à personne physique non obligée de solliciter pour l'œuvre entreprise la personnalité morale. — **163**. Don ou legs avec charge à personne morale préexistante non obligée de solliciter pour l'œuvre entreprise la personnalité morale. — **164**. Don ou legs à personne physique à charge de solliciter la personnalité morale. — **165**. Don ou legs à personne morale préexistante à charge de solliciter la personnalité morale. — **166**. Reconnaissance de la fondation comme établissement d'utilité publique.

135. Quand on a passé en revue l'Etat et les services publics personnalisés, on se trouve en présence de groupements très divers, présentant tous ce trait commun, qu'ils ont leur origine dans l'initiative privée : associations et fondations d'origine privée poursuivant un but idéal ou un but économique ; sociétés ayant en vue un bénéfice à réaliser. La création de ces groupements soulève deux questions que depuis longtemps on a pris l'habitude de distinguer : doit-on les considérer comme licites ? doit-on leur reconnaître la personnalité morale ?

La première question ne rentre pas dans le cadre de cet ouvrage, et elle soulève trop de difficultés pour que nous puissions songer à la traiter incidemment. Mais nous devons rappeler ici que, dans notre pensée, les deux questions sont intimement liées l'une à l'autre. D'après notre théorie le caractère licite du groupement doit avoir comme conséquence *normale* la reconnaissance de sa personnalité, toutes les fois qu'il présentera les caractères fondamentaux de la personnalité juridique, tels que nous avons essayé de les déterminer.

Le lien entre les deux questions a d'ailleurs longtemps été présent à la pensée des jurisconsultes ; ce n'est guère que dans notre siècle qu'on en a fait abstraction d'une manière complète, et qu'on a considéré les deux questions comme indépendantes. Nous croyons que cela tient à des circonstances toutes transitoires, et que cet état du droit (dont notre législation a déjà éommencé à se dégager) n'est qu'une étape entre le régime de la contrainte, qui est celui du passé, et le régime de la liberté qui, nous l'espérons, sera, dans une large mesure, celui de l'avenir.

136. Le point de départ de notre droit moderne se trouve ici dans les textes de l'ancien régime prohibant les associations qui se formeraient sans autorisation du roi. Cette prohibition, déjà formulée par les jurisconsultes du XVI[e] siècle (1), reproduite par ceux du XVII[e] et du XVIII[e] (2), se trouve d'ailleurs expressément écrite dans plusieurs textes, notamment dans la Déclaration du 7 juin 1659 et l'Edit de décembre 1666 (3). Ces deux textes ne s'appliquent qu'aux établissements

(1) Loisel, *Institutes coutumières*, t. I, n° 400. « L'on ne se peut assembler pour faire corps de communauté sans congé et lettres du roi ».

Sur tous les développements qui suivent, cpr. l'intéressante thèse de M. Avril. *Les origines de la distinction des établissements publics et des établissements d'utilité publique* (1900).

(2) Le Bret, *Traité de la souveraineté du roy* (1689). L. 1, ch. XV. « Puisque le roy est à la république ce que l'âme est au corps, est-il pas juste qu'il ne se fasse rien de public dans son Etat sans sa permission ? C'est pourquoi l'on a toujours tenu pour maxime qu'on ne pouvait établir aucune congrégation ni collège, soit pour la religion, soit pour la police, sans le congé du prince... ». Domat, *Droit public*, l. I, t. II, sect. II, n° 14.

(3) V° Tissier, *Traité des dons et legs*, n° 6.

fondés par le clergé, mais c'est uniquement, comme le fait remarquer M. Tissier, parce que les établissements civils pouvaient alors être considérés comme quantité négligeable, et on ne doit point en conclure que ces derniers aient pu se former librement. A cette époque déjà, on trouve, dans certains auteurs, au moins le germe d'une distinction entre le droit de s'associer (tout au moins de *s'assembler*), et celui de former corps et communauté, c'est-à-dire de constituer une personne morale (1), et il a certainement existé en fait des associations *tolérées* auxquelles cette qualité n'était pas reconnue (2). Mais il ne semble pas que cette distinction ait joué un rôle important. En fait on ne distinguait pas deux degrés d'*autorisation*, et les lettres patentes ne

(1) Denisart, v° *Assemblées illicites* : « Si les assemblées que l'on fait n'ont pas seulement pour but de traiter une affaire commune à ceux qui se réunissent, mais de former entre différents particuliers une association, elles sont contraires au bon ordre à moins qu'elles ne soient légalement autorisées ». Encyclopédie. V° *Corps et communautés* : « On ne peut faire aucune assemblée sans permission du prince, et ceux-mêmes auxquels on permet de s'assembler ne forment pas tous un corps ou communauté ». V. aussi Domat, *Droit public*, l. I, t. II, section II, n° 14 et 15.

(2) Tocqueville, *Ancien régime et Révolution*, ch. VIII, p. 119, cite une lettre d'un intendant où il est question d'une confrérie de nobles, qui n'est point patentée, mais seulement *tolérée*. La question de savoir si nos anciens auteurs considéraient la personnification comme un attribut distinct du droit d'association a été beaucoup discutée. Il nous paraît inutile de la reprendre ici en détail. Elle offre évidemment une faible importance sous les régimes qui n'admettent pas la liberté d'association. V. sur la question : Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade. *Droit civil*, *Traité des personnes*, t. I, p. 205. Viollet. *Précis de l'histoire du droit français*, p. 647. Saleilles. *Annales du droit commercial* 1895, p. 76 et s. Vauthier. *Des personnes morales*, p. 286 et s. Capitant. *Introduction à l'étude du droit civil*, 2e édition p. 156,157.

conféraient pas le droit de s'associer, sans conférer, en même temps le droit de former corps et communauté.

La tendance naturelle de l'Etat, quand il se trouve armé du droit d'autoriser les groupements, est de dispenser cette autorisation d'une main avare. Il s'agit tout d'abord, quand on pose le principe, de protéger l'Etat contre les groupements *dangereux* pour son autorité. Mais on arrive bien vite à considérer tout groupement comme dangereux, et à voir dans l'autorisation une faveur exceptionnelle. On exige alors que le groupe qui la sollicite soit quelque chose de plus qu'une association librement formée en vue d'un but *licite* ; on lui demande de justifier que ce but est *utile à l'intérêt général*, et par là l'autorisation se transforme en une *reconnaissance d'utilité publique*. Cette idée, déjà indiquée dans le préambule célèbre de l'Edit d'août 1749, est exprimée, au XVIII[e] siècle, par beaucoup de jurisconsultes : « Leur usage, dit par exemple l'*Encyclopédie* en parlant des communautés (1), est de pourvoir par le concours et le secours de plusieurs personnes *à quelque bien utile au public*, quoi qu'elles soient aussi établies pour le bien commun de ceux qui en sont membres. Aussi la première règle de l'ordre de leur police est *qu'elles procurent quelque avantage et quelque utilité à l'Etat qui les établit*, et qu'elles ne le soient que par l'ordre ou la permission du prince » ; et

(1) *Encyclopédie*. Partie juridique. V° *Communautés*, t. III, p. 40. V. déjà Domat, *op. et loc. cit.* « ... celles mêmes (les assemblées de plusieurs personnes en un corps) qui n'ont pour fin que de justes causes, ne peuvent se former sans une expresse approbation du Souverain, *sur la connaissance de l'utilité qui peut s'y trouver* ».



Denisart exprime la même idée quand il dit : « L'utilité publique a formé des corps et établissements civils », et ailleurs : « Les établissements publics, soit civils, soit ecclésiastiques, ayant pour objet l'utilité publique, ne peuvent se former qu'avec l'autorisation de la puissance publique » (1).

137. Le mouvement philosophique du XVIII[e] siècle, loin de contrarier cette tendance, ne fait que l'accentuer. La plupart des écrivains, sous l'influence d'idées diverses, se méfient des corps particuliers qui peuvent se former dans l'Etat : les uns invoquent les abus qu'ils ont produits, et les dangers politiques ou économiques qu'une mainmorte puissante peut faire courir à l'Etat (2) ; d'autres redoutent que ces corps particuliers ne contrarient leurs vues de réforme (3) ; d'autres enfin, théoriciens de la souveraineté, cherchent à assurer l'omnipotence de la volonté générale, et se refusent à souffrir des intermédiaires entre elle et le citoyen (4). A ces idées

(1) Denisart, v° *Gens de mainmorte*, et v° *Etablissements publics*.

(2) P. ex. Montesquieu, *Esprit des lois*, l. XXV, ch. V. « Ces acquisitions sans fin paraissent au peuple si déraisonnables, que celui qui voudrait parler pour elles serait regardé comme un imbécile ». Montesquieu insiste principalement sur le danger de l'accumulation des biens aux mains du clergé. Cpr. dans le même ordre d'idées, le préambule de l'Edit d'août 1749, et l'article de Turgot sur les *Fondations*, dans l'*Encyclopédie*.

(3) On sait que c'est là l'état d'esprit des physiocrates.

(4) Rousseau, *Contrat social*, l. II, ch. IV. « Il importe donc, pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale, qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'Etat, et que chaque citoyen n'opine que d'après lui ». La pensée de Rousseau sur ce point est devenue, un des dogmes fondamentaux du catéchisme révolutionnaire. V. le discours de Mirabeau du 2 novembre 1789 : « Des sociétés particulières placées dans la société générale rompent l'unité de ses

d'origine si diverse vient d'ailleurs s'ajouter le sentiment d'hostilité contre le clergé qui se fait jour dans la partie la plus bruyante de l'opinion, et qui concourt au même résultat, la plupart des corps existants étant des corps ecclésiastiques. En suivant ce mouvement, on arrive à restreindre encore la formule juridique de l'Encyclopédie. De la notion d'*utilité publique*, on aboutit à celle de *service public*. On admet que tout objet d'utilité publique rentre dans les attributions de l'Etat ; car c'est à l'Etat qu'appartient le monopole de bien public, c'est lui qui est le représentant universel et exclusif de l'intérêt général. Dès lors l'établissement qu'il autorise en vue de l'utilité publique n'est que *son auxiliaire ;* il n'est qu'un service public doué de personnalité, ou, pour employer la terminologie actuellement en usage un *établissement public*. Et de cette notion en découlent bien d'autres : non seulement elle justifie l'ingérence la plus étroite de l'Etat dans l'administration intérieure de l'établissement autorisé, mais encore elle lui permet de reprendre, quand il le jugera opportun, la gestion directe du service, en faisant disparaître l'établissement et en s'emparant de ses biens ; car tout cela est sa chose, et ce n'est que par tolérance qu'il l'a laissé entre les mains d'un corps distinct du corps général de la Nation. On trouve cette idée nettement exprimée dans la célèbre discussion sur la sécularisation des biens du

principes et l'équilibre de ses forces » ; V. aussi le décret du 7 août 1792, relatif à la suppression des congrégations séculières et des confréries : « L'Assemblée nationale, considérant qu'un Etat vraiment libre ne doit souffrir dans son sein aucune corporation pas même celles qui, vouées à l'enseignement public, ont bien mérité de la patrie ». V. au surplus Taine, *La Révolution*, I, p. 220 et s.

clergé, discussion qui marque le triomphe suprême de toutes les théories et de toutes les tendances que nous venons d'indiquer : « Les fondations sont dans les mains du clergé un *dépôt* pour un service public, dit par exemple Barnave (1) ; si c'est à la Nation à soulager les pauvres, à payer le service public, il est certain que les biens donnés à la charge de la Nation ne sont qu'un dépôt dans les mains des officiers chargés de ce service public. Le clergé existe par la Nation ; la Nation pourrait le détruire ; il résulte évidemment de ce principe que la Nation peut retirer des mains du clergé des biens qui n'ont été affectés et donnés que pour elle ». Et c'est cette même idée qui est formulée dans le titre I de la Constitution de 1791, en ces termes : « Les biens destinés aux dépenses du culte *et à tous services d'utilité publique* appartiennent à la Nation et sont dans tous les temps à sa disposition ».

Sans doute, dans la discussion même que nous venons de citer, cette idée est loin d'être mise en avant par tous les orateurs. La plupart, sans exprimer aussi nettement que l'Etat est le propriétaire réel des biens du clergé, se contentent de justifier la mesure proposée par l'idée de personnalité fictive, personnalité que l'Etat concède et

(1) Le 13 octobre 1789, *Annales parlementaires*, t. IX, p. 423. La thèse ici soutenue par Barnave est au fond celle de tous les auteurs qui voient dans les fondations de simples masses de biens appartenant aux groupements généraux de l'Etat ou de la commune. V. ci-dessus p. 188, note 7. C'est cette thèse qui a été reprise par les orateurs de la Gauche dans la discussion du projet de loi sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat. V. notamment les discours de M. Briand en date des 6 avril et 15 mai 1905 ; le rapport de M. Briand (publié à part sous le titre : la Séparation de l'Eglise et de l'Etat, p. 272), V. aussi Grunebaum Ballin. *Séparation des Eglises et de l'Etat*, p. 63.

que l'Etat retire en s'emparant des biens devenus, du fait même de ce retrait, des biens sans maître (1). Mais il est évident que les deux théories sont loin de s'exclure, et que la seconde conduit naturellement à la première

(1) C'est ainsi que plusieurs des orateurs justifient le projet de confiscation. C'est notamment le principe développé dans le célèbre discours de Thouret, du 23 octobre 1789 (*Ann. Parl.*, t. IX, p. 485) : « Il faut distinguer entre les personnes, les individus réels, et les corps qui, les uns par rapport aux autres, et chacun relativement à l'Etat, forment des personnes morales et fictives. Les individus et les corps diffèrent essentiellement par la nature de leurs droits, et par l'étendue d'autorité que la loi peut exercer sur ces droits. Les individus existant indépendamment de la loi, et antérieurement à elles, ont des droits résultant de leur nature et de leurs facultés propres ; droits que la loi n'a pas créés, mais qu'elle a seulement reconnus, qu'elle protège, et qu'elle ne peut pas plus détruire que les individus eux-mêmes. Tel est le droit de propriété relativement aux particuliers. Les corps, au contraire n'existent que par la loi ; par cette raison, elle a sur tout ce qui les concerne, et jusque sur leur existence même, une autorité illimitée. Les corps n'ont aucuns droits réels par leur nature, puisqu'ils n'ont pas même de nature propre. Ils ne sont qu'une *fiction*, qu'une conception abstraite de la loi, qui peut les faire comme il lui plaît, et qui, après les avoir faits, peut les modifier à son gré. Ainsi la loi, après avoir créé les corps, peut les supprimer, et il y en a cent exemples... Le droit que l'Etat a de porter cette décision sur tous les corps qu'il a admis dans son sein n'est pas douteux, puisqu'il a dans tous les temps et sous tous les rapports, une puissance absolue, non seulement sur leur mode d'exister, mais encore sur leur existence. La même raison qui fait que la suppression d'un corps n'est pas un *homicide*, fait que la révocation de la faculté accordée aux corps de posséder des fonds de terre ne sera pas une *spoliation*. Il ne reste donc qu'à examiner *s'il est bon* de décréter que tous les corps de mainmorte, sans distinction, ne seront plus à l'avenir capables de posséder des propriétés foncières ». On trouverait difficilement, même dans les jurisconsultes de notre siècle, un exposé plus précis du système de la fiction. Même thèse dans le discours tenu le même jour par Treilhard (*eod. loc.*, p. 491), et dans celui de Durand de Maillane (*eod. loc.*, p. 497).

tous ceux qui, derrière la fiction, cherchent à voir la réalité, et qui sont d'ailleurs imbus des idées générales rappelées plus haut. Avec l'une ou l'autre de ces théories, d'ailleurs, il n'est pas une personne morale qui puisse se prévaloir d'un droit vis-à-vis de l'Etat ; leur existence ou leur suppression n'est jamais pour ce dernier qu'une question de politique ou d'opportunité.

On sait dans quel sens les assemblées révolutionnaires ont tranché cette question, et comment elles ont fait disparaître successivement la personnalité de toutes les corporations et de tous les établissements existant sous l'ancien régime (1). Dès cette époque on voit commencer à se réaliser une idée qui n'a pris que plus tard sa forme systématique, celle que le droit de former une personne morale, ou un corps, comme on disait alors, est quelque chose de tout à fait distinct du droit d'association. Car, à l'époque même où l'Assemblée constituante procède à cette hécatombe, elle admet en principe que les citoyens jouissent du droit de s'associer (2), et

(1) Les principaux textes sont : le décret des 2-4 novembre 1789, mettant les biens ecclésiastiques à la disposition de la Nation ; le décret des 14 17 juin 1791, relatif aux Assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession : « L'anéantissement de toutes les espèces de corporations des citoyens du même état et profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit (art. 1) » ; le décret des 27 septembre-16 octobre 1791 portant suppression de toutes les Chambres de commerce existant dans le royaume ; le décret du 4 août 1792 supprimant les congrégations religieuses ; le décret du 7 août 1792, supprimant les congrégations séculières et les confréries (dont nous avons cité plus haut une partie du préambule); la loi du 23 messidor an II (11 juillet 1794), sur la réunion de l'actif et passif des hôpitaux, maisons de secours, de pauvres, etc., au domaine national.

(2) Décret des 21 octobre-19 novembre 1790, relatif au droit de

si cette liberté se réduit en pratique à n'être que la liberté des clubs ou sociétés politiques, c'est qu'alors la politique absorbe presque toutes les forces sociales, et que d'ailleurs la lutte entamée contre les anciens corps et les efforts faits pour les empêcher de renaître ne permettent guère aux citoyens de s'unir pour d'autres objets.

138. Quoi qu'il en soit, du reste, l'idée que la personnalité morale ne peut exister qu'en vue de l'utilité publique reste ancrée dans les esprits; et lorsque, quelques années plus tard, nous voyons quelques-uns des anciens corps revenir à la vie, ce n'est nullement par respect pour le libre jeu de l'activité humaine, mais toujours dans un but d'utilité publique. On s'est aperçu, dans le domaine de l'assistance publique tout d'abord, du danger qu'il y avait pour l'Etat à s'emparer lui-même de tous les services, et on a reconstitué des corps chargés de représenter les malades et les pauvres (1). Puis, dans le domaine religieux on s'est aperçu que le rétablissement de la religion catholique, considérée, elle aussi, comme une institution d'utilité publique, n'allait pas sans une cer-

former des sociétés libres : « L'Assemblée nationale, après avoir entendu son comité des rapports, déclare que les citoyens ont le droit de s'assembler paisiblement et de former entre eux des sociétés libres, à la charge d'observer les lois qui régissent tous les citoyens ». Les excès des clubs firent introduire dans la suite certaines limitations aux principes : décret des 29-30 septembre, 9 octobre 1791 ; décret des 19-22 juillet 1791, art. 14.

(1) Pour les hôpitaux, v. l. du 16 vendémiaire an V, et l. du 19 pluviôse an V ; pour les bureaux de bienfaisance, l. du 7 frimaire an V. V. aussi l'ouvrage de M. Lallemand, *La Révolution et les pauvres*. Pour les hospices et hôpitaux, l'Etat a opéré par voie de restitution, en sorte que la mainmise nationale a été rétroactivement effacée, sauf toutefois le maintien des actes faits à l'égard des tiers pendant la période intérimaire. V. sur ce point Dufour, *Droit administratif*, t. VI, n° 452.

taine liberté accordée aux fondations religieuses et on les a permises en les soumettant d'ailleurs à des conditions sévères (1). On a même, toujours dans un but d'utilité publique, rétabli certaines congrégations, mais en prenant soin de les soumettre à des patronages officiels et de les englober, autant que possible, dans l'Administration (2). On a enfin, quand on a voulu reconstituer l'instruction publique à tous ses degrés, érigé en corporation l'Université de France, parce qu'on considérait ce procédé comme le plus propre à atteindre le but d'intérêt général qu'on se proposait (3).

Dans toutes ces créations de l'époque impériale, non seulement l'idée d'utilité publique est prédominante, mais encore elle continue à n'être point distinguée de

(1) Art. 15 du Concordat ; loi du 18 germinal an X, art. 73 ; arrêté du 7 thermidor an XI ; décret du 30 décembre 1809 ; décret du 6 novembre 1813.

(2) V. notamment le décret du 18 février 1809, qui, en rétablissant les congrégations hospitalières de femmes les soumet à toute une réglementation, et les place sous la protection de Madame « notre chère et honorée mère ». L'art. 2 de ce décret s'exprime ainsi : « Les statuts de chaque congrégation ou maison séparée, seront approuvés et insérés au *Bulletin des lois*, pour être reconnus et avoir la force d'institution publique ». V. aussi le rapport de Portalis du 24 fructidor an XIII : « Un établissement, et surtout un établissement religieux (Portalis vise dans ce passage les *associations* religieuses), doit avoir pour but l'utilité des hommes et l'avantage de l'Etat autant que celui de la religion ». (*Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801*, p. 530).

(3) Décret du 17 mars 1808, art. 131 et s. En reconstituant l'Université, Napoléon a dit lui-même : « je veux une corporation... », et a comparé sa création à l'ordre des Jésuites. Mais il voulait des Jésuites d'Etat, qui fussent sous sa dépendance (V. Taine. *Le régime moderne*, t. 2, p. 170). Aux faits cités au texte, on peut ajouter la création de l'Ordre de la Légion d'honneur, la reconstitution de l'Institut, et celle des Chambres de commerce.

celle de *service public*. On n'admet point l'existence de personnes morales n'ayant pas de caractère administratif. La distinction actuellement existante entre les *établissements publics* et les *établissements d'utilité publique* n'existe donc pas encore dans les faits, et il ne faut pas s'étonner qu'elle ne se trouve pas non plus dans les textes ni dans les auteurs. Au premier abord le Code civil paraît cependant indiquer cette distinction ; car il emploie le mot établissement d'utilité publique, dans les articles 910 et 937, pour formuler des règles qui aujourd'hui s'appliquent aux deux catégories d'établissements ; et le mot établissement public dans les articles 1712, 2045, 2121, 2153, 2227 pour des règles spéciales à la catégorie désignée aujourd'hui sous ce nom. Mais il ne semble pas que cette différence de terminologie ait été voulue ; dans la langue des rédacteurs du Code les deux expressions étaient synonymes, et désignaient uniquement les établissements que nous appelons aujourd'hui établissements publics, les seuls qui eussent alors une existence réelle (1). On peut en dire autant du Code de procédure (art. 49, 69, 83, 336, 481, 1032), qui emploie toujours le mot établissement public. Ce qui est certain, en tout cas, c'est que les premiers commentateurs de nos Codes n'ont aucunement aperçu la distinction (2), et que

(1) M. Avril, *op. cit.*, p. 187 et s., a relevé un passage de Treilhard (dans la discussion de l'art. 1 du livre 2 du *Code civil*) affirmant que les biens des établissements publics appartiennent à la Nation ou aux communes. C'est, légèrement modifiée, la thèse que nous avons vue soutenir par Barnave à la Constituante.

(2) Les premiers commentateurs du Code ne définissent pas le mot *établissement public*, et se bornent à paraphraser les articles du Code où ils se trouvent, en citant seulement parfois certains établissements comme soumis à ces textes. Mais aucun d'eux ne

pendant bien longtemps le législateur a employé indifféremment les deux termes sans paraître y attacher d'importance. Si l'article 1er du Code forestier emploie correctement (au sens actuel) le mot établissement public, nous trouvons au contraire une désignation inexacte dans la loi du 20 février 1849 sur la taxe des biens de mainmortes dans celle du 24 juin 1851 sur les monts-de-piété, dans le décret du 3 septembre 1851 sur les chambres de commerces et dans celui du 25 mai 1852 sur les chambres consultatives d'agriculture.

139. A l'époque où ont été écrits ces derniers textes, cependant, la théorie de l'établissement d'utilité publique avait commencé à se former. Elle avait été l'œuvre du

donne une définition générale. La confusion se continue très tard dans la doctrine, même dans la doctrine administrative. Cormenin (*Droit administratif*, 5e éd., 1840) désigne les hospices et hôpitaux tantôt sous le nom d'*établissements d'utilité publique*, (t. I, p. 356), tantôt sons le nom d'*établissements publics* (t. II, p. 277). De Gérando (*Institutes de droit administratif*, 2e éd., 1842) emploie le mot *établissement public* d'une part pour désigner des services publics non doués de personnalité, d'autre part pour désigner les congrégations religieuses (t. II, p. 18). Macarel (*Cours de droit administratif*, 1844, t. II, p. 29 et s.) cite pêle-mêle comme *établissements communaux* les commissions de répartition, les commissions administratives d'hospices et hôpitaux, les bureaux de bienfaisance, les caisses d'épargne, les maisons de refuge, etc., sans paraître soupçonner qu'il y ait intérêt à établir des distinctions d'ordre juridique entre ces diverses catégories d'établissements. La distinction n'est pas indiquée par Foucart (*Eléments de droit public et administratif*, 1843), ni par Laferrière (*Cours de droit public et administratif*, 3e éd., 1844). La confusion est également entière dans l'ancien Répertoire de Dalloz. V° *Etablissement public* (t. XXIII, 1852), et *Privilèges et hypothèques* (t. XXXVII, 1858, n° 1086). A cette dernière date cependant la distinction était déjà admise par une partie de la doctrine. V. *infrà*.

Conseil d'Etat qui peu à peu s'était décidé à reconnaître la personnalité morale à un certain nombre d'associations laïques qu'il était impossible de considérer (à l'exemple des congrégations religieuses) comme faisant partie intégrante de l'administration, et qui étaient incontestablement de simples associations privées. M. des Cilleuls a montré (1) que, pendant la durée de la Restauration, on trouve encore des sociétés de ce genre qualifiées établissements publics, mais qu'à partir de la fin de cette période le mot établissement d'utilité publique devient le terme technique par lequel le Conseil d'Etat les désigne. La distinction ainsi introduite attendit cependant longtemps avant d'être connue de la jurisprudence judiciaire. On ne l'y trouve qu'après 1850, dans les arrêts par lesquels la Cour de cassation refuse aux caisses d'épargne l'hypothèque légale de l'article 2121 et les déclare soumises aux modes d'exécution du droit commun (2). C'est à ce moment seulement que la doctrine se décide à la formuler, et que par là elle prend enfin sa forme définitive (3). A partir de 1860, elle

(1) Des Cilleuls. *Du régime des établissements d'utilité publique*, dans *Revue générale d'administration*, 1890, t. II, p. 174. V. aussi Avril. *Les origines de la distinction des établissements publics et d'utilité publique*, p. 270 et s.

(2) Cass. 5 mars 1856, D. 56. 1. 121. 8 juillet 1856. D. 56. 1. 278. Deux ans auparavant, la Cour de cassation avait déclaré que les caisses d'épargne n'étaient pas soumises à autorisation pour ester en justice (18 mai 1854. D. 54. 1. 244); mais, dans ses motifs, elle semblait encore les ranger parmi les établissements publics.

(3) On la trouve formulée très nettement dans un article de Lamache, *Revue critique*, 1861, t. XVIII, p. 385, et dans les *Principes du droit administratif* de Bouchené-Lefer (1862), p. 25 et s. A partir de cette date, elle devient courante dans les Traités de droit administratif et de droit civil. Mais on la trouve déjà aupa-

est acceptée de tous, et le législateur lui-même commence à opposer l'une à l'autre les deux catégories d'établissements (v. la loi du 26 février 1862 sur le Crédit foncier et le décret du 30 juillet 1863).

Il est remarquable que l'évolution que nous venons de décrire, évolution ayant comme conséquence de fait la concession de la personnalité morale à certains groupements privés, voués à des œuvres désintéressées, ne s'est pas produite en Belgique, et que les auteurs de ce pays comme ceux qui chez nous écrivaient vers le milieu du XIX[e] siècle, ne connaissent que des *établissements publics*, et n'admettent en dehors d'eux d'autre personnalité morale que celle des sociétés de gain. M. Vauthier (1), parlant de la distinction dont nous venons de

ravant dans quelques auteurs : Batbie. *Des personnes administratives* (Journal de droit administratif 1854, t. II, p. 110 et s.); de Salverte, *Revue critique* 1855. t. VII. p. 407.

(1) Vauthier, *Etudes sur les personnes morales*, p. 335, note 1. Cp. Giron, *Dictionnaire de droit administratif et de droit public* (1895), v. Etablissement public. La distinction est généralement critiquée par les auteurs étrangers. Ruffini (dans les *Studii Schupfer*, p 380, note) lui trouve une grande incertude théorique et peu d'avantage pratique. Giorgi (t. V, p. 2) critique les termes employés en faisant observer qu'il ne sont ni clairs, ni également entendus dans les écoles, ni adoptés par aucune loi. Il est exact que les termes employés manquent de clarté, et que la confusion a été encore augmentée par la tendance des auteurs à considérer les établissements d'utilité publique comme des personnes morales de droit public. Mais cette observation de terminologie ne touche point la distinction en elle-même ; et au fond Giorgi l'admet en termes différents. M. Hauriou (Note dans Sirey 1905. 3. 33) s'associe dans une certaine mesure à ces critiques des auteurs étrangers. Mais, à le bien lire, il critique plutôt, nous semble-t-il la manière dont la jurisprudence conçoit la distinction que la distinction elle-même. — Il faut ajouter que la loi du 4 février 1901 légalise mieux que par le passé la distinction et que la circulaire du

parler, s'exprime ainsi : « Cette distinction, à laquelle on attribue des effets pratiques, est assez ingénieuse, et il est possible qu'elle finisse par recevoir la consécration de la loi. Mais il faut avouer aussi qu'elle est relativement neuve, qu'elle semble bien artificielle, et que jusqu'à présent la loi, dans une foule de cas, n'en a tenu aucun compte. Ajoutons enfin qu'elle est inconnue en Belgique. »

N'en déplaise à l'éminent auteur de ces lignes, rien n'est moins artificiel que cette distinction. Elle est non seulement naturelle, mais forcée, du moment que l'on admet que des particuliers peuvent (avec ou sans autorisation de l'Etat, cela n'importe pas ici), former entre eux, dans un but idéal ou désintéressé, des groupements doués de personnalité morale, qui ne cessent pas d'être des groupements *privés*, et à qui on n'impose pas le dangereux honneur d'être englobés de force dans l'Administration publique. La coupure à marquer ici, dans cette échelle descendante sur laquelle s'étagent toutes les personnes morales, depuis l'Etat jusqu'aux sociétés de gain, est une des plus importantes à constater et à préciser nettement. Elle correspond à la distinction, qui tient une si grande place dans la doctrine allemande, entre les personnes morales de droit public et les personnes morales de droit privé. Nous avons déjà indiqué, dans une autre partie de cet ouvrage, la manière dont elle devait être comprise, et les intérêts pratiques qu'elle présentait (1).

10 juin 1901 classe expressément comme nous l'avons fait plus haut (n° 83) les établissements d'utilité publique parmi les personnes morales *privées* (V. le texte dans *Revue génér. d'adm.*, 1904, t. II, p. 465, *in fine*).

(1) Ci-dessus, n°s 82 et s.

140. Le processus historique qui a peu à peu conduit notre législation à reconnaître l'existence de personnes morales privées ne s'est pas d'ailleurs arrêté aux établissements d'utilité publique. Ceux-ci, bien qu'ayant ce caractère par leur origine et leur organisation, restent cependant soumis à des règles rigoureuses de droit public, notamment à la nécessité d'une autorisation de l'Etat pour se constituer, pour se dissoudre et pour accepter des libéralités. La suite naturelle de l'évolution devait consister ici à alléger le contrôle de l'Etat sur ces groupements, et à accentuer leur caractère reconnu de groupements privés. Pour cela il fallait les soustraire au régime du bon plaisir, et substituer à la nécessité d'une autorisation préalable à leur création une réglementation légale déterminant à l'avance les conditions qu'ils devraient remplir pour être considérés comme personnes morales (1). Notre loi a commencé par admettre ce système à l'égard de certaines associations qui lui paraissaient, ou moins dangereuses que d'autres parce qu'elles se rapprochaient davantage des sociétés de gain, ou. plus particulièrement dignes de faveur à raison du but qu'elles poursuivaient : associations syndicales libres de propriétaires (loi du 21 juin 1865), syndicats professionnels (loi du 25 mars 1884), sociétés de secours mutuels (loi du 1er avril 1898), sociétés ou caisses d'assurances

(1) La jurisprudence a pris une certaine part à l'évolution, et cela de deux manières : 1° en faisant aux associations non personnalisées une situation *de fait* leur permettant de vivre ; 2° en admettant même, pour quelques-unes d'entre elles, une sorte de *demi-personnalité*, que l'on avait appelée l'*individualité juridique*. V. ci-dessus, p. 32, note 2.

mutuelles agricoles (loi du 4 juillet 1900). La loi du 1er juillet 1901 a fait en avant un pas décisif en étendant partiellement le système à toute association licite, à qui il suffit aujourd'hui de remplir certaines conditions, précisées à l'avance par la loi, pour avoir de plein droit un certain degré de personnalité morale. Il y a là un progrès théorique important, et, on peut l'espérer, un germe fécond pour l'avenir; car c'est l'abandon du vieux principe étatique de la personnalité créée par autorisation spéciale de l'Etat. Les restrictions dont la loi entoure cette règle nouvelle, l'exception qu'elle y apporte à l'égard des congrégations religieuses, sont à nos yeux choses fâcheuses, et pratiquement on peut encore douter (à tort, d'ailleurs, suivant nous) (1) que le régime apporté par cette loi soit beaucoup plus favorable aux associations que le régime antérieur; mais cela n'empêche pas la loi d'être l'expression d'une tendance nouvelle, qui probablement doit aboutir, dans l'avenir, à un élargissement du nouveau principe ainsi introduit.

141. Il est remarquable en effet que l'évolution historique décrite dans les pages précédentes ne s'est pas produite en France seulement. On la retrouve, plus ou moins avancée à l'heure actuelle, dans la plupart des Etats européens. La doctrine allemande a désigné sous le nom d'Etat-police (Polizeistaat) l'Etat tel qu'il était conçu au XVIIIe siècle, et dans la première partie du XIXe (2). Le rôle de cet Etat n'est pas seulement de faire

(1) V. sur ce point la controverse soulevée par M. Eugène Rostand dans la *Revue politique et parlementaire*. 1901, t. XXVIII, p. 259, et la réponse de M. Trouillot, *eod. l*, p. 231.

(2) Sur cette notion du *Polizeistaat*, v. notamment Otto Mayer,

régner le droit, mais aussi de veiller au développement moral et matériel du peuple confié à ses soins. Il se considère comme directement chargé du bien public, et, par une conséquence naturelle, s'en attribue le monopole ; il admet que lui seul peut sans inconvénient s'en préoccuper, ou du moins, s'il permet aux particuliers de le faire, ils ne veut pas qu'ils le fasssent collectivement. Il veut être le seul groupe organisé s'occupant d'intérêt général. De là pour les associations le régime que nous avons décrit : ou bien elles sont adoptées par l'Etat, agissant sous sa surveillance ou même sa direction ; ou bien elles sont vues avec méfiance, et, si elles ne sont pas interdites, elles sont au moins privées de personnalité morale et réduites à n'être que des rapports contractuels entre individus : « Union contractuelle d'individus isolés ou portion de l'Etat, tel était le dilemme auquel les associations de cette époque ne pouvaient échapper. D'un côté, indépendance vis-à-vis de l'Etat, mais négation de toute personnalité juridique ; de l'autre, personnalité juridique, mais seulement par l'Etat, pour l'Etat, et sous l'Etat » (1).

C'est sur cette idée notamment qu'est construite la

Deutsches Verwaltungsrecht, t. 1, §§ 4. (Trad. franç., t. I, p. 43 et s.).

(1) Rosin, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, p. 30. Cpr. Gierke, *Genossenschaftsrecht*, t. I, p. 641-652. L'Etat ne veut pas seulement avoir tous les droits auxquels il prétend ; il veut aussi les avoir *seul*. Ce n'est pas seulement le droit et le devoir, c'est aussi le *monopole* du prince de connaître, d'exécuter et de protéger ce qu'exige le bien public. Le résultat, c'est un état de droit dans lequel il n'y a plus que l'Etat d'un côté, et de l'autre des individus, ou des personnes tolérées par l'Etat, parce qu'ou bien il les absorbe et les dirige, ou bien il les assimile purement et simplement à l'individu (v. notamment p. 643-645).

théorie de l'Allgemeines Landrecht de 1794. Elle est seulement plus libérale que le système français de 1810, parce qu'elle admet en principe la liberté d'association (comme l'admettait d'ailleurs en théorie notre législation révolutionnaire). Mais elle n'admet de personnalité juridique que celle qui est conférée par l'Etat dans un but utile au bien commun. Le même système se retrouve dans d'autres lois allemandes de la première moitié du XIXe siècle, notamment dans la loi badoise du 14 juillet 1807. Mais peu à peu la science abandonne le système *Polizeistaat*, et lui substitue celui du *Rechtsstaat* ou du *Kulturstaat*. Dans ces nouvelles conceptions, l'Etat ne prétend plus au monopole du bien public : toute corporation n'est donc plus nécessairement une corporation d'Etat, et au contraire on admet la possibilité d'une vie corporative libre, se développant en dehors de l'administration par l'initiative privée. En d'autres termes, il y a dès lors des corporations de droit public et des corporations de droit privé. Le rôle de l'Etat vis-à-vis de ces dernières change absolument de caractère : il peut sans doute se méfier encore d'elles, prendre des précautions contre leur développement ou leur enrichissement exagéré ; mais c'est tout ; son rôle reste purement négatif, défensif ; il ne cherche plus à les absorber et à les diriger, et leur laisse, au moins dans une certaine mesure, la liberté de se constituer et de se développer par leur propre impulsion.

142. En partant de ces idées, l'Etat pourra encore, pour certains cas, soumettre à autorisation la création de la personne morale. Mais cela deviendra peu à peu une exception, motivée toujours par des considérations spéciales. Au système de l'autorisation préalable se sub-

stituera celui que les Allemands appellent le système des *Normativbestimmungen*, c'est-à-dire le droit pour toute association licite d'obtenir la personnalité, en observant certaines formalités prescrites par la loi, qui sont surtout des formalités de publicité. En Allemagne, comme chez nous, et plus tôt que chez nous, ce système s'est introduit peu à peu d'abord dans les législations d'Etat (notamment celles de la Saxe et de la Bavière, et aussi celle de la Prusse, mais seulement pour certaines catégories d'associations), puis dans la législation d'Empire où elle forme aujourd'hui, depuis le Code civil de 1900, le droit commun des associations à but désintéressé. Dans le système de ce Code, la personnalité morale est accordée à toute association licite (le droit de prononcer sur le caractère licite de l'association étant laissé aux législations d'Etat), pourvu qu'elle soit immatriculée sur le registre des associations. L'autorité administrative a le droit de s'opposer à son immatriculation d'abord lorsque l'association est illicite ou peut être interdite d'après les règles du droit public, puis lorsqu'elle poursuit un but politique, social-politique ou religieux. Le système conserve donc à l'Etat un droit de veto pour certaines catégories d'associations ; il constitue cependant un progrès sur le système de l'autorisation préalable, parce que l'administration n'a, pour exercer son droit de veto, qu'un délai déterminé, et ne peut empêcher la personnalité de l'association que par un acte formel (1). Ce régime concernant la personnalité

(1) Pour les détails sur la législation allemande. V. Saleilles dans le *Bulletin de la Société de législ. comparée*, avril-mai 1899, p. 263 et s., *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand* dans *Revue du droit public*, t. XVII. V. aussi Cahen

juridique n'empêche pas d'ailleurs les Etats de rester libres au sujet de la formation même de l'association, et quelques-uns des petits Etats ont sur ce point des législations rigoureuses (1). Pourtant le principe général est que toute association peut se constituer librement : la question de personnalité morale n'étant pas en cause, l'autorisation préalable n'est nécessaire que dans les cas exceptionnels où cela peut paraître exigé par des considérations de police.

L'Angleterre, où les associations ou fondations non douées de personnalité abondent, et où le système du *trust* fonctionne avec une liberté qui a permis de l'appliquer même aux plus importantes associations, n'a pas cependant, à l'heure actuelle, de restrictions arbitraires à l'obtention de la personnalité morale. Cette obtention s'acquiert par un simple dépôt et un enregistrement des statuts pour de nombreuses catégories d'associations parmi lesquelles figurent, à côté des Trades Unions, les associations littéraires, scientifiques ou artistiques, les sociétés de bienfaisance, etc. (2). L'enregistrement doit être obtenu du Chief Registrar, qui peut le refuser si la société ne remplit pas les conditions fixées

et Worms, dans les *Etudes du Conseil d'Etat sur le droit d'association dans les législations étrangères* (Paris, *Imprimerie nationale*, 1899), p. 29 et s., et p. 75 et s. Parmi les nombreuses études allemandes : les commentaires de Planck et d'Endemann, Zeller, dans *Archiv für öffentl. Recht*. 1897, p. 241 et s., et Meurer, *Die juristischen Personen*, 1901. Les dispositions que nous analysons ici ne sont d'ailleurs applicables qu'aux associations « n'ayant pas pour but une entreprise de caractère économique. »

(1) V. Cahen, dans les *Etudes du Conseil d'Etat*, p. 14 et s.

(2) V. Jean Clos, dans *Etudes du Conseil d'Etat*, p. 85. Sur le développement du système du trust, v. l'article déjà cité, de M. Maitland, *Trust and Korporation* (dans le *Grünhut's Zeitschrift*, t. XXXI, p. 1).

par la loi; mais la société a le droit de faire appel de sa décision devant la Haute Cour d'Angleterre.

La Suisse, comme l'Allemagne, mais avec plus de libéralisme, applique jusqu'ici à la personnalité civile des associations le système de la réglementation légale. D'après le Code fédéral suisse des obligations, les associations à but idéal acquièrent la personnalité par leur inscription sur le registre du commerce, suivie d'une publication. L'administration n'a pas ici de droit de veto; et si, comme en Allemagne, le système ne s'applique qu'aux associations licites, celles-ci du moins peuvent se former beaucoup plus librement que dans les divers pays allemands; l'article 56 de la Constitution protège en effet le droit d'association, qui ne comporte de restrictions qu'à l'égard des congrégations religieuses. L'avant-projet de Code civil reste fidèle à ce système (art. 61 et s.). Mais quelques cantons, notamment le canton de Zurich (1), sont allés plus loin dans la voie du libéralisme en adoptant le système de la pleine liberté corporative; c'est-à-dire en admettant la personnalité de toute association licite qui manifeste d'une manière suffisante la volonté d'exister comme corporation.

En Autriche aussi, où le droit d'association est beaucoup moins largement reconnu qu'en Suisse, il n'y a pas d'autorisation spéciale à obtenir pour la personnalité morale, le § 26 du Code civil considère comme personne morale toute association permise. Aussi a-t-on pu ranger ce pays parmi ceux qui admettent non pas le système de la réglementation légale, mais le système de pleine liberté corporative. Cela n'empêche pas que les

(1) Art. 16, du Code civil de Zürich.

restrictions à la liberté d'association n'y soient assez nombreuses (1).

Dans quelques autres pays, où le régime de la reconnaissance de personnalité par acte spécial du pouvoir est resté en vigueur, il est arrivé en pratique à dévier : la reconnaissance n'y représente plus, comme dans notre législation, une véritable reconnaissance d'utilité publique, ne devant être accordée qu'après une appréciation plus ou moins arbitraire du but visé par le groupe ; elle est devenue une simple vérification par l'Etat du caractère licite de l'association et de l'observation par elle des formalités légales. C'est ce qui s'est produit en Hollande, où existe la liberté d'association, et où les associations doivent, pour jouir de la personnalité morale, être reconnues par une loi ou par un arrêté royal qui approuve leurs statuts (loi du 22 avril 1855) (2). Dans l'esprit du législateur, ce texte a été, paraît-il, inspiré par la doctrine de la fiction (3). Mais le législateur lui-même a interprété la règle dans un sens libéral en ajoutant que la reconnaissance ne pourrait être refusée que pour des motifs tirés de l'intérêt général, et, en dehors des cas où le refus a été motivé par l'irrégularité de l'association, il n'a été fait depuis cinquante ans qu'*une seule fois* usage du droit de refus (4). L'autorisation ainsi comprise est

(1) V. Unger, *Œsterr. Privatrecht*, 1892, t. I, p. 322 et 339. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, p. 83, note 3, et *Deutsches Privatrecht*, p. 488, note 29.

(2) Une loi est nécessaire lorsque l'association est faite pour plus de trente ans ; un arrêté royal suffit dans le cas contraire. V. pour le détail de la législation hollandaise : Biebuyck, *Le régime légal de la personnification civile en Hollande* (Biblioth. de l'école des sciences politiques de l'Université de Louvain, 1905).

(3) Biebuyck, *op. cit.*, p. 22 et 35.

(4) Biebuyck, *op. cit.*, p. 45.

bien différente de la reconnaissance d'utilité publique telle qu'elle est pratiquée chez nous. On peut presque en dire autant de l'Italie, où l'article 2 du Code civil n'admet la personnalité que pour les corps moraux *légalement reconnus*. Le texte a été écrit dans un esprit tout semblable à celui de notre législation napoléonienne; le rapporteur avait exprimé l'idée que la reconnaissance devait être réservée aux associations répondant à un besoin social général et permanent (1), ce qui est bien à peu près ce qu'on exige en France pour une reconnaissance d'utilité publique. Mais il semble que, dans l'application, le Conseil d'Etat italien se soit montré plus large que le Conseil d'Etat français. Il accorde la personnalité morale sans exiger qu'il existe, à proprement parler, un but d'utilité publique, par exemple à des associations de pur agrément, ou à des associations tout à fait temporaires; il n'exige pas d'ailleurs que l'association ait déjà une certaine durée d'existence et un patrimoine constitué. La reconnaissance ainsi entendue n'est plus guère autre chose qu'une constatation par le pouvoir administratif de la régularité de l'association (2).

Le système de la reconnaissance de personnalité par l'Etat est au contraire appliqué, dans un esprit plus rigoureux, par la Belgique, qui admet d'ailleurs très

(1) V. Grunebaum, dans le *Recueil du Conseil d'Etat*, p. 169.

(2) V. sur ces divers points. Giorgi, *La dottrine delle persone giuridiche*, t. VI, p. 494 et s. Fadda et Bensa, sur les Pandectes de *Windscheid*, t. I, p. 791-792. Giorgi, discutant la question de savoir si la reconnaissance de personnalité ne devrait pas être réservée au pouvoir législatif, fait observer, avec un peu d'exagération sans doute, que la multitude des décrets de reconnaissance est telle, qu'elle suffirait à absorber l'activité des Chambres pendant toute l'année (T. 1. p. 128, n° 754).

largement la liberté d'association, mais dont les auteurs sont portés à voir dans la concession de personnalité civile quelque chose de tout à fait exceptionnel, et à ne l'accorder qu'aux associations qui sont en quelque sorte englobées dans l'administration publique (1). A ce point de vue, les idées sont restées à peu près celles de la législation napoléonienne, n'admettant d'autres personnes morales que les personnes morales administratives. Mais il faut ajouter que dans ce pays il existe un fort courant d'opinion pour donner aux associations non douées de personnalité un régime se rapprochant de celui de la personnalité proprement dite (2), et que certains projets de réforme accordent de plein droit aux associations charitables la personnalité, pourvu qu'elles remplissent certaines conditions fixées à l'avance par la loi (3).

D'autres pays, dont les législations sont d'origine latine, tels que l'Espagne et le Portugal (3), ont conservé aussi le système de la concession. Il est visible cependant qu'il perd du terrain, et que les législations

(1) V. Vauthier, *Etudes sur les personnes morales*, p. 335, note 1. Giron, *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, 1895, v° *Etablissement public*. Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, nos 288 et s., notamment no 298.

(2) C'est de ce pays qu'est parti, avec M. Van den Heuvel, le système qui considère la personnalité comme inutile, les associations ayant par elles-mêmes toute possibilité d'employer à leurs fins des biens considérés comme restant dans le patrimoine de leurs membres.

(3) V. sur ces projets, Rivière, dans *Réforme sociale* du 16 janvier 1901, p. 165 et s. Van Overbergh, *Phase actuelle de la Réforme de la bienfaisance* (Bruxelle, 1903), p. 101 et s.

(4) Lehr, *Droit civil espagnol*, t. I, n° 58. Code civil portugais, art. 33.

européennes s'orientent de plus en plus vers un système admettant en principe la personnalité pour toutes les association licites, ou les soumettant seulement pour l'obtenir à certaines formalités de publicité. Il résulte du rapide aperçu qui vient d'être donné, que la solution à admettre sur la question de personnalité ne rétroagit pas nécessairement sur la question de liberté d'association ; il y a des pays où la liberté d'association est faible, et cependant la personnalité morale largement accordée aux associations licites ; il y en a d'autres comme la Belgique où la liberté d'association est entière, et où le régime de la personnalité civile reste rigoureux. D'autre part, la solution même de la question de personnalité n'est pas nécessairement liée à une vue théorique ; on peut en théorie admettre la doctrine de la fiction et cependant juger utile d'acorder en bloc le bénéfice de cette fiction à toute association ; on peut à l'inverse admettre que la personnalité civile n'est, pour les associations licites, que l'application normale d'une règle de droit, et cependant conserver à l'Etat un droit de vérification individuelle à l'égard de chaque association. Tout cela est possible en fait et se trouve réalisé dans les lois que nous venons de passer en revue· Mais nous n'en croyons pas moins que ces diverses questions ont entre elles une corrélation réelle. Les idées ont leur logique intime ; le système de la fiction peut être plié à un régime de liberté ; mais il est, pour l'Etat qui veut soumettre les associations à un régime rigoureux, un auxiliaire précieux ; il lui fournit un prétexte spécieux et un peu hypocrite pour empêcher le développement des associations qu'il redoute. Avec la théorie de la réalité de la personne morale au contraire,

l'Etat pourra se montrer rigoureux, mais il devra du moins le faire à découvert et motiver expressément son intervention sur des motifs de police. Cela même est un progrès dont on ne saurait méconnaître l'importance (1).

143. Au point où notre législation en est parvenue, les distinctions à faire en droit positif français parmi les personnes morales de droit privé sont les suivantes :

1° *Associations* soumises aux règles générales. Elles se subdivisent en associations simplement déclarées, et associations reconnues d'utilité publique.

2° *Associations* soumises à des règles spéciales, parmi lesquelles il y a lieu de distinguer, d'une part les *congrégations*, d'autre part les *associations privilégiées.*

3° *Sociétés.*

4° *Fondations* reconnues d'utilité publique.

Les trois premières catégories forment le domaine de la corporation, qui, ainsi que nous l'avons vu, doit s'opposer, en droit privé, à celui de la fondation. Le principe qui y domine aujourd'hui est que l'acquisition de la personnalité s'accomplit sans autorisation *spéciale* de l'autorité publique. Cette autorisation n'est nécessaire, en droit commun, que pour compléter la capacité de personnes morales qui ont pu se constituer d'elles-mêmes, et le principe contraire ne subsiste que pour certaines catégories spéciales d'associations. Au contraire, dans le domaine de la fondation la personnalité morale ne s'acquiert que par une reconnaissance d'utilité publique.

(1) Cpr. les explications données ci-dessus, n° 5, p. 13 et 14. Dans les développements qui précèdent nous ne nous sommes occupés, au point de vue de l'histoire et du droit comparé, que des corporations. Pour les fondations, v. *infrà,* n° 160 *bis*.

On pourrait établir une division différente, en mettant à part les *établissements d'utilité publique*, groupe caractérisé par deux règles importantes, qui lui sont spéciales : 1° ils sont l'objet d'une reconnaissance formelle des pouvoirs publics ; 2° ils sont soumis à la règle des articles 910 et 937 Code civil sur les dons et legs. Mais cette classification serait peu scientifique, étant donné que les mêmes groupes peuvent, sans perdre leur personnalité morale, se trouver soit dans la catégorie des établissements d'utilité publique, soit au dehors. Nous ne parlerons donc des établissements d'utilité publique qu'à l'occasion des groupes qui sont susceptibles d'acquérir cette qualité. Nous verrons que ces groupes se trouvent, soit parmi les associations soumises au droit commun, soit parmi celles qui sont soumises à des règles spéciales, soit enfin parmi les fondations.

§ 1. — *Associations soumises au droit commun*

144. Avant la loi du 1er juillet 1901, une association à but désintéressé devait, pour être en règle avec la loi pénale, obtenir une autorisation préfectorale, dès qu'elle renfermait plus de vingt membres (art. 291 C. P.). Cette autorisation ne lui conférait pas la personnalité morale, qu'elle ne pouvait obtenir que par un décret de reconnaissance, rendu après examen de la section compétente du Conseil d'Etat (1). Les associations auxquelles

(1) Pendant longtemps on avait exigé un décret rendu en Assemblée générale du Conseil d'Etat ; mais le règlement du 3 avril 1886, modifiant l'article 7, du règlement du 2 août 1879, ne classait plus ces sortes d'affaires parmi celles qui exigeaient l'examen de l'assemblée générale. Une jurisprudence, d'ailleurs très contestée, accor-

étaient accordée cette faveur poursuivaient des objets très divers, mais que l'on pouvait toujours considérer, par certains côtés, comme utiles à l'intérêt général (1). On leur demandait certaines justifications tendant à démontrer, non seulement le but d'utilité publique, mais encore des moyens d'action suffisants et l'existence de services déjà rendus (2). On considérait, en effet, la reconnaissance (3) « comme donnant, en quelque sorte,

dait une certaine capacité juridique (le droit d'ester en justice et celui de contracter) à certaines associations ayant un but d'intérêt général. C'est ce que les arrêts appelaient l'*individualité juridique* (V. *suprà*, le chapitre sur la *Notion de personnalité morale*- p. 32, note 2 ; cpr. Hauriou, 4e éd., p. 118, et Planiol, *Droit civil*, 1re édit., nos 738 à 745) . D'autre part, M. de Vareilles-Sommières (*Des personnes morales*, nos 406 et s., 1003 et s.), a soutenu que les associations autorisées par le préfet étaient, sous cette législation, de véritables établissements d'utilité publique, doués de personnalité morale. Pour la critique de cette opinion qui est restée isolée, voyez notre compte rendu critique de l'ouvrage de M. de Vareilles-Sommières, dans *Revue du droit public*, 1903, t. XX, p. 353 et s.

(1) Les notes de jurisprudence du Conseil d'Etat les distribuent en cinq catégories : 1° œuvres d'assistance (crèches, dispensaires, sociétés protectrices de l'enfance, etc.) ; 2° œuvres d'assistance mutuelle et de prévoyance (associations d'anciens élèves de lycées, associations des artistes peintres et sculpteurs, etc.) ; 3° œuvres d'encouragement au bien (Société générale des prisons, œuvre des libérées de St-Lazare, etc.) ; 4° œuvres de progrès scientifique, artistique ou littéraire (sociétés savantes, sociétés d'amis des arts, etc.) ; 5° œuvres d'encouragement aux exercices civils et militaires (club alpin, sociétés de tir, etc.). Cette énumération n'a d'ailleurs jamais été considérée comme limitative (V. *Revue générale d'Administration*, 1893, III, p. 23 et s. et *Notes de jurisprudence*, publiées par MM. Reynaud et Lagrange, p. 175 et s.)

(2) Sauf dans des cas exceptionnels, on exigeait que l'association ait déjà fonctionné pendant un certain temps, et parmi les pièces à produire figuraient les comptes des trois dernières années (V. même *Revue*, p. 27-28).

(3) Même *Revue*, p. 21 (Note du 4 février 1888).

la sanction de l'Etat aux travaux de l'association » et comme « la plus haute récompense de longs et importants services ». On exigeait d'ailleurs que le but fût *spécial*, et nettement indiqué dans les statuts. Ceux-ci étaient présentés à l'approbation par l'association demanderesse elle-même, mais le Conseil d'Etat avait rédigé des statuts-modèles, qui tendaient à introduire l'uniformité parmi toutes les associations reconnues (1).

Ce système était empreint d'une méfiance excessive vis-à-vis de l'association, et depuis longtemps tous les partis étaient d'accord pour en demander la suppression. Dans les nombreux projets et propositions de loi qui se sont succédé sur ce point depuis 1870, on trouve toujours consacrée au moins la suppression de l'article 291 du Code pénal. Ils se divisent sur les précautions à prendre à l'égard des dangers que l'on peut redouter, soit de la part de l'association considérée en elle-même, à titre d'association de personnes, soit de la personnalité morale et de la mainmorte. Il ne saurait être question ici, ni de faire l'histoire détaillée de ces divers projets, ni de donner un commentaire complet de la loi du 1er juillet 1901, à laquelle ils ont abouti, et qui forme aujourd'hui la règle de la matière (2). Nous devons nous borner à préciser la

(1) Une première rédaction de ces statuts modèles porte la date du 22 novembre 1883. Ils ont été remaniés dans la séance du 15 décembre 1893 (V. *Revue des Etablissements de bienfaisance*, 1895, p. 331).

(2) Parmi les travaux que cette loi a déjà suscités, il faut citer surtout le commentaire de MM. Trouillot et Chapsal : *Du contrat d'association* (Extrait des *Lois nouvelles*). Il faut y joindre les explications de M. Hauriou (*Droit administratif*, 5e éd., p. 105 et s. celles de MM. Ducrocq et Barrilleau (*Cours de Droit adminis-*

manière dont cette loi comprend l'acquisition de la personnalité par les associations.

145. Dans le système du projet de loi, tel qu'il avait été présenté par le Gouvernement (1), on donnait aux associations la liberté de se former sans autorisation ; on faisait en conséquence disparaître les dispositions pénales frappant les associations non autorisées. Mais, d'une part, on exigeait de toute association une condition de forme : la déclaration. D'autre part, on ne changeait rien aux principes anciens sur la personnalité civile, qu'on continuait à faire dépendre d'une reconnaissance d'utilité publique prononcée par décret (art. 11). On consacrait même expressément la théorie traditionnelle de la fiction, en donnant, dans l'art. 10, la définition de la personnalité civile (2). Seulement on

tratif, 7e édit., t. VI, nos 2199 et s.), et enfin celles de M. Planiol (*Droit civil*, 3e édit., t. I, nos 3041 et s.). — Cpr. Grumbach. *Les associations et les cercles depuis la loi de 1901* ; Benoist, Cellier, Vavasseur et Taudière. *Sociétés et associations* (7e éd., 1904); Pandectes françaises. V. *Associations* (Appendice au mot *Sociétés*), 1902 ; et un certain nombre de thèses de doctorat. V. dans l'ouvrage de MM. Trouillot et Chapsal, p. 23, l'énumération des *trente-trois* projets de loi, propositions et rapports, qui se sont succédé depuis 1871.

(1) V. le texte et l'exposé des motifs du projet dans les *Doc. parl. de la Ch*. Session extraord., 1899, p. 123 (Annexe, n° 1184). Ce projet reflétait les idées personnelles de M. Waldeck-Rousseau (V. Hauriou, p. 107, note 1). Le contre-projet Lemire (repoussé par la Chambre à la séance du 29 janvier 1901) avait ceci de commun avec le projet primitif du Gouvernement, qu'il ne demandait pas pour les associations déclarées la personnalité morale, mais seulement le droit de posséder par l'intermédiaire des associés. Il était directement inspiré par les idées de M. de Vareilles-Sommières (sans y apporter les mêmes restrictions que le projet de M. Waldeck Rousseau).

(2) Elle était ainsi définie : « la fiction légale en vertu de laquelle

tempérait la rigueur de la théorie en permettant aux associations d'affecter *en fait* à leur but certains biens appartenant aux associés. On admettait en effet qu'à côté de l'association, contrat n'ayant pour objet que l'union des personnes, les associés pouvaient former entre eux un second contrat, société ou communauté de biens, soumis aux mêmes règles que si l'association n'existait pas (1). Dans ce système, il ne pouvait pas y avoir, à proprement parler, de patrimoine appartenant à l'association, mais il pouvait pas y avoir patrimoine appartenant aux associés et affecté au but social. Les biens composant ce patrimoine étaient la propriété indivise des sociétaires (art. 8), et pouvaient être l'objet de conventions accessoires réglant le mode d'administration dans la mesure où le permettait le droit commun des sociétés ou de l'indivision. On faisait même à l'association ainsi constituée la faveur (déjà admise par la jurisprudence antérieure en faveur de certaines associations) de pouvoir ester en justice par l'intermédiaire de ses directeurs ou administrateurs (art. 5). Mais pour éviter que cette situation n'aboutît à la constitution d'une « personnalité civile occulte », on prohibait (art. 15) toute clause de réversibilité, et tout pacte ayant pour objet de perpétuer la propriété de l'association ou d'en opérer la dévolution au profit d'une ou plusieurs

une association est considérée comme constituant une personne morale distincte de la personne de ses membres, qui leur survit, et en qui réside la propriété des biens de l'association ».

(1) « Quelque forme qu'elle emprunte, disait l'exposé des motifs, la possession des biens par les membres d'une association sera soumise aux mêmes règles, aux mêmes lois que si les sociétaires ou les communistes ne joignaient pas à cette qualité celle de membres d'une association ».

personnes. Les clauses ainsi visées étaient celles qui antérieurement étaient en usage dans un assez grand nombre d'associations non reconnues, notamment dans les congrégations religieuses, clauses dont l'effet calculé est « de perpétuer la détention des biens de l'association entre les mains de ses chefs, de faire qu'à aucun moment chacun des sociétaires n'ait sur eux un droit réalisable, qu'il ne puisse sortir de l'association qu'à la condition d'abandonner ce qu'il y a mis ou ce qu'il y a gagné ».

Ce système était en somme l'une des traductions législatives possibles des théories qui essaient de concevoir le régime des associations en faisant abstraction de l'idée de personnalité morale et en ramenant tous les droits du groupe aux droits individuels de ses membres (1). Mais il n'admettait ces théories qu'en prenant une précaution excessive contre l'accumulation des biens affectés au but social. Il prohibait, en effet, les

(1) Ce système était l'expression des idées personnelles de Waldeck-Rousseau, qui se flattait par là de concilier le principe de liberté d'association avec les précautions nécessaires contre la mainmorte. Il l'a exposé en détail à la séance de la Chambre du 21 janvier 1901. A la séance du 31 janvier, en répondant à M. Paul Beauregard, il résumait ainsi les avantages qu'il croyait apercevoir dans le système : « grâce à la combinaison législative que nous vous proposons, le seul fait que des biens sont possédés en commun par des membres de l'association tombera sous l'application du contrat de société, si les biens ont été mis en commun dans le but de partager les bénéfices, ou sous la loi de l'indivision, s'il n'y a pas eu de convention précise. De sorte que par là on évite que, sous la forme d'une association en apparence désintéressée, il ne se forme... une mainmorte clandestine résultant du fait lui-même, et de ce qu'aucun associé ne trouve actuellement dans la législation le moyen d'affirmer, de revendiquer, et de faire triompher au besoin sa prétention à une copropriété.

clauses de réversibilité et autres clauses analogues, et par là il condamnait en fait les associations à un état de précarité perpétuelle, en empêchant ce que M. de Vareilles-Sommières, appelle le « régime personnifiant ». Sous une apparence libérale, il conservait en l'aggravant la traditionnelle méfiance de la mainmorte qui a animé tous les législateurs depuis le XVIIIe siècle. Le caractère artificiel des théories dont il s'agit se montre ici avec évidence : elles n'empêchent point les biens affectés au but social (toutes les fois qu'on s'arrange pour « qu'à aucun moment chacun des sociétaires n'ait sur eux un droit réalisable »), d'être au fond les biens du groupe et non les biens des associés. Si on interdit les clauses qui ont ce résultat, on empêche par là les associations de vivre; si on ne les interdit pas, on revient, par un détour, à la personnalité morale, et on est obligé de prendre contre elle les mêmes précautions que si on l'admettait directement.

146. Quoi qu'il en soit, ce n'est point là le système qui a triomphé. Le projet du Gouvernement a été bouleversé de fond en comble soit par la commission de la Chambre des députés, soit par la Chambre elle-même. Cette dernière a fait disparaître l'obligation imposée à toute association de se soumettre à la formalité de la déclaration préalable; elle a admis que les associations de personnes pourraient se former librement, et que la déclaration ne serait nécessaire qu'à celles qui voudraient obtenir un commencement de capacité juridique (1). D'autre part (et pour la théorie des personnes

(1) Séance du 4 février 1901. Vote de l'article additionnel proposé par M. Groussier et plusieurs de ses collègues sous le n° 1 *bis* (article devenu l'art. 2) : « Les associations de personnes pourront se

morales c'est là le point intéressant), la commission elle-même a été d'avis d'accorder directement aux associations simplement *déclarées* une personnalité morale restreinte, que, dans le langage parlementaire, on a appelée la *petite personnalité*, et qui ressemble (bien que moins étendue) à celle qui avait déjà été reconnue aux syndicats professionnels par la loi de 1884. C'est cette proposition qui a définitivement passé dans la loi, la Chambre et le Sénat ayant repoussé les diverses propositions plus larges qui avaient pour objet de conférer la personnalité complète à toute association déclarée (1). Comme conséquence, et sur un amendement de M. l'abbé Lemire (2), la Chambre à supprimé le paragraphe de l'article 10, qui définissait la personnalité civile et la considérait comme une fiction légale.

Il en résulte tout d'abord que législateur n'a point pris parti sur la définition à donner de la personnalité

former librement sans autorisation ni déclaration préalables, mais elles ne jouiront de la capacité juridique que si elles se sont conformées aux dispositions de l'article 4 (auj. art. 5) ». La Chambre avait voté en outre l'amendement Fournière, qui excluait de ce bénéfice les « associations religieuses ». Mais la commission du Sénat a fait disparaître cette restriction (V. la séance du Sénat du 15 juin 1901).

(1) Ces propositions étaient : le contre-projet Gayraud, repoussé par la Chambre à la séance du 28 janvier 1901 ; le contre-projet Cunéo d'Ornano, repoussé à la séance du 29 janvier 1901 ; l'amendement Piou, retiré par son auteur à la séance du 5 février 1901 ; l'amendement Cunéo d'Ornano, repoussé à la même séance ; l'amendement de Lamarzelle et l'amendement Riou, l'un et l'autre repoussés par le Sénat à la séanee du 17 juin 1901. V. en outre ce que nous disons plus haut du contre-projet Lemire, qui faisait aussi aux associations un régime très libéral, mais en partant d'autres idées théoriques, celles de M. de Vareilles-Sommières.

(2) Séance du 26 février 1901.



morale. On ne peut que s'en féliciter, les définitions de ce genre n'étant point de la compétence du législateur, ne pouvant en aucune façon lier la doctrine, et pouvant cependant agir sur elle d'une manière fâcheuse. Mais ce qui est plus important, c'est que le système qui a définitivement triomphé consacre comme étant le *droit commun*, et non plus comme une exception, l'acquisition de plein droit de la personnalité morale par toute association licite, à condition qu'elle remplisse de simples formalités de publicité. En d'autres termes, il substitue en principe le système de la réglementation légale à celui de l'autorisation préalable. Pratiquement toutefois, le système admis est encore peu libéral, si on n'admet pas que l'association, à côté du patrimoine restreint dont elle peut être titulaire, a le droit de jouir de biens restant dans le patrimoine de ses membres. C'est un point que nous traiterons plus loin.

147. La première condition que doit remplir une association pour obtenir la personnalité morale est de se constituer régulièrement comme association. C'est là le substratum nécessaire de sa personnalité. La loi nouvelle a eu le mérite de combler ici une lacune de notre législation antérieure en réglementant le contrat d'association, dont jusqu'alors aucun texte ne s'était occupé, et sur lequel régnaient les plus grandes incertitudes doctrinales. Sans entrer dans le détail, nous devons ici, pour la clarté des idées, indiquer les principales dispositions de la loi sur ce point.

L'association est définie : « la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices ». En

dehors du caractère non lucratif du but, qui distingue l'association de la société, et sur lequel nous avons déjà insisté (1), la définition nous révèle deux autres caractères de l'association : son caractère *contractuel*, c'est-à-dire le fait que les associés contractent une véritable obligation de poursuivre le but social sous les conditions fixées dans les statuts ; et son caractère de *permanence*, c'est-à-dire la nécessité que l'association soit établie soit pour une durée déterminée, soit pour une durée indéfinie. Ces deux caractères, dont le premier d'ailleurs entraîne nécessairement le second, différencient l'association de la simple réunion. En tant que contrat, l'association est soumise aux règles générales des contrats, telles qu'elles sont réglées au Code civil (consentement, capacité, objet et cause licites). L'article 3 de la loi déclare nulle toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, et ajoute, assez maladroitement d'ailleurs, l'indication de certains buts considérés comme illicites. Sous cette réserve, l'association est valable par un simple contrat sans être soumise à aucune autorisation ni déclaration préalables (2). Mais la déclaration, comme nous l'avons dit, est nécessaire pour obtenir la *petite personnalité*.

148. Les formalités à remplir pour cela par les parties sont indiquées par l'article 5, complété par les articles 1 à 7 du décret du 16 août 1901. Nous renvoyons au texte pour les détails (3). Il nous faut cependant relever

(1) *Suprà*, n[os] 99 et s.

(2) Nous verrons plus loin les conséquences qu'entraine pour elle le défaut de personnalité.

(3) V. le commentaire de MM. Trouillot et Chapsal, p. 66 et s. V. aussi Hauriou, *Droit administratif*, 5e éd., p. 116. Grumbach, *Les*

les points suivants : la déclaration doit être faite à la préfecture du département ou à la sous-préfecture de l'arrondissement où l'association aura son siège social. Elle fait connaître le titre et l'objet de l'association, le siège de ses établissements, et les noms, profession et domicile, de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de son administration ou de sa direction. Deux exemplaires des statuts doivent y être joints. L'Administration est obligée de délivrer récépissé de la déclaration, qui constitue pour l'association la base de sa personnalité morale ; elle n'a pas à apprécier le caractère licite ou illicite de l'association ; son seul droit, au cas où elle lui semble illicite, est de donner avis au Parquet, pour qu'il poursuive, s'il y a lieu (1).

L'association est en outre obligée de procéder à une déclaration nouvelle pour faire connaître, dans les trois mois, tous les changements survenus dans son adminis-

associations et les cercles depuis la loi du 1er juillet 1901, nos 31 et s. Benoist, Cellier, Vavasseur et Taudière, *Sociétés et associations*, 7e éd., p. 30 et s. Ducrocq et Barrilleau, *op. cit.*, n° 2205.

(1) Trouillot et Chapsal, p. 71-72. Hauriou, p. 116, n° 14. Ce dernier auteur se pose la question de savoir quelle est la sanction de l'obligation imposée à l'administration. Nous croyons que la constatation du refus par acte extra-judiciaire devra être considérée comme équivalent à un récépissé, sans qu'il soit besoin de faire annuler le refus par le Conseil d'Etat (comme impliquant une décision de rejet d'après la procédure de la loi du 17 juillet 1900). Le refus n'équivaut pas ici à une décision de rejet, parce que l'administration n'a aucune décision à prendre, la délivrance du récépissé étant pour elle une obligation. Une solution analogue est admise par la loi elle-même en matière de déclaration de réunion publique (l. 30 juin 1881, art. 2 § 4), et par la jurisprudence en matière de déclaration d'ouverture d'école (Cass., 17 janv. 1902. D. 1902. 1. 169).

tration ou sa direction ainsi que toutes les modifications apportées à ses statuts (1).

Ces formalités confèrent à l'association la petite personnalité de l'article 6 (2). Pour avoir une capacité plus complète, l'association reste obligée, comme avant 1901, d'obtenir une reconnaissance d'utilité publique. Les règles de cette reconnaissance, telles que nous les indiquions plus haut, sont d'ailleurs restées en vigueur, sauf les modifications suivantes :

1° Le décret de reconnaissance doit être rendu dans la forme des règlements d'administration publique, c'est-à-dire après délibération de l'assemblée générale du Conseil d'Etat (art. 10 de la loi) ;

2° La reconnaissance ne peut être sollicitée que par les associations qui ont rempli au préalable les formalités imposées aux associations déclarées (art. 8 du décret 16 août 1901) ;

3° Les formes de la demande et les pièces qui doivent l'accompagner sont indiquées dans les articles 9 et 10 du décret ; parmi ces pièces figurent les statuts. Le règlement de 1901 ne rend pas obligatoire pour les associations l'ensemble des statuts modèles élaborés par le Conseil d'Etat ; il leur impose cependant, dans l'article 11, certaines dispositions. En outre, l'article 11 de la loi soumet les associations, même une fois reconnues, à certaines limitations de capacité, dont nous parlerons plus loin, et qui se trouvaient jusqu'alors dans les statuts modèles (interdiction de posséder d'autres

(1) V. pour les détails l'article 3 du décret du 16 août 1901 ; Trouillot et Chapsal, p. 72.

(2) Nous étudierons l'étendue de cette personnalité dans le chapitre consacré à la capacité des associations.

immeubles que ceux nécessaires au but social ; obligation de placer les valeurs mobilières en titres nominatifs);

4° La demande est adressée au Ministre de l'Intérieur seul compétent aujourd'hui pour l'instruire (1). L'instruction comprend notamment un avis du conseil municipal de la commune où l'association est établie, et un rapport du préfet (art. 12 du décret).

149. On a beaucoup discuté, soit en France, soit à l'étranger, la question de la *vie embryonnaire* de l'association non encore douée de personnalité morale, mais déjà existante en fait. Cette question présente surtout de l'importance pratique à l'égard des *libéralités* qui peuvent être adressées à une association avant qu'elle ait obtenu la reconnaissance. Peut-on considérer ces libéralités comme valables, à condition que la reconnaissance intervienne après coup ?

Il n'est pas inutile de résumer l'Etat de notre jurisprudence et de notre doctrine sur ce point avant la loi de 1901. La plupart des auteurs, partant de la théorie de la fiction, admettaient la nullité de toute disposition testamentaire qui gratifiat directement ou indirectement un établissement non encore reconnu lors de la mort du testateur (2). Quelques-uns ajoutaient cependant que l'on pouvait indirectement gratifier une association à naître, sous forme de *charge* grevant un legs fait à per-

(1) Avant 1901, chaque ministre instruisait les demandes relatives aux associations dont l'objet rentrait dans son département.

(2) Demolombe, t. XVIII, nos 588 et s. Aubry et Rau, t. VII, § 649, p. 24 et s. De Baulny, *Revue critique*, 1859, t. 14, p. 247-248 ; Alfred Gautier, *Revue Critique*, 1877, t. 43, p. 145. De Lapradelle, *Fondations*, p. 103 et s.

sonne capable (1). Mais c'était une concession peu logique ; car en réalité une charge imposée au profit d'une personne morale *déterminée* (née ou à naître) est bien un véritable legs. Aussi, quelques auteurs, désireux de valider les libéralités de ce genre, avaient-ils suivi une autre voie. Ils considéraient le legs comme valable en assimilant l'établissement déjà existant en fait, mais non encore reconnu, à l'enfant simplement *conçu :* « La situation de l'établissement non reconnu présente, écrivait notamment M. Marguerie (2), la plus grande analogie avec celle de l'enfant simplement conçu : oui, son élévation éventuelle à la vie civile est soumise à bien des doutes et à bien des incertitudes ; mais l'existence future de l'enfant simplement conçu n'est-elle pas aussi bien précaire et problématique? L'enfant, une fois conçu, peut recevoir, mais à la condition qu'il naîtra *viable ;* d'après nous, l'établissement qui, pendant sa période de formation, aura justifié des services qu'il était en état

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 25, notes 7 et 8. Demolombe, *loc. cit.*, n° 590. La Cour de cassation paraissait admettre cette atténuation : Cass. 21 juin 1870, D. 71. 1. 97 (Ville d'Alençon, c. Société de patronage). On invoque en ce sens l'idée que l'incapacité de l'article 906 a uniquement pour but d'éviter toute incertitude sur la dévolution de la propriété, et que, si par un moyen quelconque on évite cette incertitude, rien ne s'oppose à l'attribution d'une libéralité à une personne future (V. Fénelon, Thèse, 1902, p. 101). Mais c'est restreindre l'article 906 plus que son texte ne le permet.

(2) Etude sur les libéralités faites aux établissements non reconnus, *Revue critique*, 1878, p. 525. La thèse de M. Marguerie a été admise par M. Tissier, *Dons et legs*, n° 85. C'était déjà celle de Troplong, *Donations et testaments*, II, 612. La doctrine italienne est divisée comme la doctrine française. Pour la validité, v. Giorgi, I, n° 62 et s., Fadda et Bensa, p. 815 ; contre ; Chironi, *Ist.*, I, § 28.

de rendre à la société, des ressources que la confiance publique lui aura confiées pour le mettre en état d'accomplir sa mission, sera réputé *viable* pour la vie civile, et il obtiendra la reconnaissance qui lui conférera la capacité légale exigée par l'article 906 Code civil ». Le Conseil d'Etat (1), après divers revirements de jurisprudence, avait fini par admettre cette thèse, au moins quant au résultat ; car il admettait que le Gouvernement pouvait, par un seul et même décret, reconnaître un établissement et l'autoriser à accepter les libéralités qui lui avaient été adressées à une époque où il n'avait qu'une existence de fait.

Il semble que cette jurisprudence administrative, antérieure à 1901, doive aujourd'hui s'appliquer *a fortiori* à la libéralité qui serait adressée à l'association *simplement déclarée*, c'est-à-dire ayant déjà une certaine personnalité juridique, mais incapable de recevoir un don ou un legs. Le Conseil d'Etat n'éprouvera probablement aucun scrupule à statuer, par un même décret, sur la libéralité et sur la reconnaissance. Il ne s'agira plus en effet de valider rétroactivement une libéralité adressée à une personne *inexistante*, mais, chose qui paraît plus facilement admissible, une libéralité adressée à une personne *existante, mais incapable*. Il est à croire que toutes les juridictions se rallieront à cette opinion (2). La question ne continuera à se poser dans les mêmes termes qu'avant 1901, que pour les associa-

(1) V. les diverses phases de la jurisprudence du Conseil d'Etat dans Tissier, *op. cit.*, n° 86. V. notamment la note de la Section de l'Intérieur du 30 juillet 1884, et celle du 29 juin 1892, qui expriment sa dernière jurisprudence antérieure à 1901.

(2) En ce sens déjà Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 119.

tions soumises à des règles spéciales (notamment les congrégations religieuses). En outre elle se posera pour les associations *non déclarées*, qui pourront se demander si une libéralité à elles adressée se trouverait validée après coup par une *déclaration* suivie d'une *reconnaissance* comme établissement d'utilité publique.

Une solution favorable, analogue à celle que le Conseil d'Etat admettait avant 1901, est à nos yeux désirable. Elle est de nature à rendre possibles des libéralités à des associations intéressantes, qui n'avaient point songé à remplir les formalités nécessaires pour l'obtention de la personnalité morale parce qu'elles n'espéraient pas de ressources pécuniaires, mais à qui une libéralité imprévue viendra offrir les moyens de développer leur champ d'action. Cette solution n'offre d'ailleurs aucun danger pour l'intérêt général, puisque l'autorisation du Gouvernement reste toujours réservée. On l'a, il est vrai, présentée comme dangereuse au point de vue de la sécurité des relations juridiques, en faisant remarquer que la période de conception pour l'individu, n'a qu'une durée limitée, alors que la vie embryonnaire d'un établissement non encore reconnu peut se prolonger indéfiniment. Mais en fait ce n'est pas là un danger ; car s'il y a incertitude sur la situation de l'établissement ce ne sera jamais que pendant la période qui sépare la libéralité de la reconnaissance ou du refus de reconnaissance, et cette période ne peut être pratiquement bien longue.

Mais, si l'on se place au point de vue théorique, on doit reconnaître qu'*avec le système de la fiction,* la solution est tout à fait illogique. Dans ce système, en effet, la personnalité morale est créée par un acte de l'Etat ; avant cet acte, il n'y a *rien*, et l'on se met en contradic-

tion formelle avec l'article 906 du Code civil, lorsqu'on propose de valider après coup une libéralité adressée *au néant* (1). Il en est de même, d'ailleurs, dans toutes les théories qui voient dans la personnalité morale quelque chose d'artificiel (2). Au contraire, la solution est admissible pour ceux qui admettent avec nous que l'association, même non reconnue, même non déclarée, est *par elle-même* un groupement qui présente les caractères fondamentaux de la personnalité morale, et à qui il ne manque, pour pouvoir figurer sur la scène juridique, qu'une condition extérieure et formelle, la reconnaissance. Dans ce système, il est tout simple d'admettre que la reconnaissance est *déclarative* et non créatrice de la personnalité morale ; et il n'y a aucune difficulté logique à la faire rétroagir. En d'autres termes l'association non reconnue n'est pas, avec cette théorie, une *societas* qui se transforme, par le *fiat* créateur de l'Etat en *corporation* ; elle est, dès le moment où elle se constitue, une *corporation à l'état de devenir*, une *corporation en voie de formation* ; et, ceci étant, il est très naturel de valider les libéralités qui lui sont adressées,

(1) Observation qui suffit à détruire l'analogie avec l'enfant conçu.

(2) Par exemple dans les théories qui se rattachent à celle du *Zweckvermögen*.

(3) Et même pendant la période de constitution avant que toutes les adhésions soient acquises. Il faut dire d'elle ce que M. Thaller dit de la société par actions en voie de formation (*Droit commercial*, 3e éd., n° 501) : « il suffit que deux souscriptions aient été recueillies pour qu'on soit autorisé à dire : le noyau d'association est créé... A ces deux personnes s'en adjoindront cent ou mille autres ; mais c'est la même formation plastique qui se continue, c'est la même cellule qui s'alimente. »

à condition qu'elles soient régularisées après coup (1).

150. Le régime des associations tel qu'il est établi par la loi de 1901 est-il vraiment libéral? Comparé au régime résultant de la législation antérieure il constitue assurément un progrès notable, puisqu'il permet aux associations de se constituer librement et même d'acquérir par une simple condition de forme un certain degré de personnalité. Mais nous croyons que cette *petite personnalité*, la seule ouverte à tous, ne suffira pas à donner aux associations tout le développement auquel elles peuvent raisonnablement prétendre (2). Aussi la loi, ne sera-t-elle en pratique vraiment libérale que si on permet aux associés de mettre *en fait* certains biens en commun pour les affecter au but social tout en restant eux-mêmes propriétaires. Les auteurs de la loi paraissent avoir cru que ce patrimoine de fait ne pouvait se produire. Ils ont déclaré tout simplement que les

(1) V. dans Gierke, *Genossenschaftstheorie*, p. 127 et s., toute la théorie de la corporation en voie de formation et notamment la note 2 de la p. 129. Nous ne croyons pas devoir entrer dans le détail de cette théorie, qui ne nous paraît présenter pour nous qu'un faible intérêt pratique. Gierke et la plupart des Allemands considèrent que l'acte constitutif de la corporation n'est pas un contrat, mais un acte unilatéral, le premier acte de volonté de la corporation qui arrive à l'existence. Nous admettrions plus volontiers qu'il s'agit bien d'un contrat, mais d'un contrat *sui generis* ayant pour objet la constitution d'une personne morale. A nos yeux en effet, c'est dans l'accord des volontés des membres du groupe que la corporation volontaire puise son droit à l'existence, droit que l'Etat ne fait que confirmer et protéger, et qu'il ne doit restreindre que lorsqu'il y est contraint par des raisons de police.

(2) Nous ne pourrons développer cette idée qu'en étudiant dans le second volume de cet ouvrage la capacité des associations déclarées.

associations non déclarées, par cela même qu'elles n'auraient aucune capacité juridique, ne pourraient rien posséder, *pas même des cotisations* (1) ; et les premiers commentateurs de la loi, MM. Trouillot et Chapsal (2), se bornent à reproduire cette affirmation. Ils cherchent à montrer que l'article 17 (entraînant nullité des actes accomplis par personne interposée pour permettre aux associations de se soustraire aux dispositions de l'article 2) frappe de nullité toute combinaison qui tendrait à éluder la règle du défaut d'individualité juridique des associations non déclarées. Pour cela ils déclarent cette sanction applicable non seulement aux actes qui auraient pour objet de constituer une véritable mainmorte — par exemple la création d'une société civile ou commerciale annexe ayant pour seul rôle de fournir des ressources à l'association (3) — mais aussi tous les actes qui auraient pour objet de mettre en fait certains biens en commun pour les faire servir au but de l'association. Si cette conception est exacte, il faut aller plus loin, et en conclure (ce que les auteurs précités ne font pas expressément, mais ce qui paraît bien être dans leur pensée), que le fait seul par l'association de posséder des ressources de ce genre (ou peut-être même de

(1) V. la réponse de M. Vallé, rapporteur de la loi au Sénat, à M. Rambaud dans la séance du 15 juin 1901.

(2) *Op. cit.*, p. 62 et s. La même opinion est soutenue par MM. Ducrocq et Barrilleau, *op. cit.*, n° 2204, ainsi que dans les Pandectes françaises, v° *Associations*, n° 176. — MM. Ducrocq et Barrilleau admettent toutefois que dans l'application de cette doctrine rigoureuse l'autorité publique devra apporter une certaine tolérance.

(3) Comme le fait observer M. Hauriou (p. 114), on doit admettre que cette combinaison a été condamnée par le rejet du système Waldeck-Rousseau.

les prévoir dans ses statuts sans pour cela se soumettre à la déclaration), lui fera encourir la dissolution en vertu de l'article 7, § 2, et exposera ses directeurs et administrateurs aux pénalités de l'article 8, § 1 ; car alors ce fait, à lui seul, devrait être regardé comme une tentative pour acquérir la capacité juridique en dehors des conditions fixées par la loi, ce qui est le délit prévu et puni par ces articles. Même avec ce système, on arriverait sans doute bien difficilement en pratique à éviter la constitution d'un patrimoine de fait dans les associations non déclarées; car il n'est pas une association qui puisse entièrement se passer de ressources, — ne fût-ce que pour se procurer le morceau de papier sur lequel sera écrite la liste de ses membres (1). Toute association *qui* voudra vivre, et qui cependant ne voudra pas se soumettre à la formalité de la déclaration — ce qui est son droit —, possédera par l'intermédiaire de ses membres certains biens, et il faudrait au parquet une singulière vigilance pour poursuivre tous ceux qui contreviendraient à cette exigence excessive.

L'interprétation rigoureuse des premiers commentateurs de la loi ne paraît pas d'ailleurs en voie de prévaloir. M. Vallé, qui l'avait énoncée comme rapporteur au Sénat en 1901 a déclaré expressément à la Chambre en 1904 que cette opinion n'avait pas prévalu, et que les associations non déclarées avaient le droit de percevoir

(1) En fait, il y aura toujours beaucoup plus que cela, même dans l'association la plus modeste : « ... les associés mettront des biens en commun, a dit excellemment M. Hauriou (*op. cit.*, p. 112). Il y aura le montant des cotisations, un mobilier sommaire, un local, il y aura aussi les dettes sociales créées par les dépenses indispensables. Il eût fallu poser une règle quelconque et ne pas fermer les yeux à l'évidence comme on l'a fait ».

des cotisations ; il a cité en ce sens une dépêche de Waldeck-Rousseau au préfet de la Manche, en date du 12 février 1902, dépêche qui atteste l'opinion à laquelle s'est arrêtée l'administration (1). Plusieurs auteurs ont déjà approuvé cette doctrine (2). Nous la croyons, pour notre part, seule admissible : la solution contraire irait, comme le fait observer M. Grumbach, à l'encontre des intentions du législateur, en rendant obligatoire la déclaration pour toutes les associations, aucune ne pou-

(1) La déclaration de M. Vallé a été faite à la Chambre, à la date du 24 juin 1904, à propos de la franc-maçonnerie, en réponse à l'interpellation de M. Prache. Voici la partie la plus importante de la dépêche de Waldeck-Rousseau : « Faut-il conclure des termes de l'article 6, et spécialement du 1° de cet article que par cela seul que les statuts d'une association prévoient le versement de cotisations, cette association sera tenue de souscrire une déclaration ? Je ne le pense pas... De ce qu'une association ne réclame pas le bénéfice de la personnalité civile restreinte, il ne s'ensuit pas que ses membres ne pourront pas constituer à l'aide de cotisations, un fonds commun destiné à faire face aux dépenses nécessitées par la réalisation de l'objet qu'ils entendent poursuivre au moyen de leur association. Dans ce cas le fonds commun n'appartiendra pas en propre à l'association, il restera la propriété collective de ses membres. Les droits de chacun d'eux sur ce fonds commun seront réglés, soit par des stipulations spéciales s'il en a été fait par eux à cet égard, soit à défaut par les principes généraux du droit ». La dépêche ajoute que l'association, dans ce cas, ne pourra pas ester en justice en son nom, et qu'il faudra établir l'assignation au nom de tous les associés, ou d'un mandataire ayant reçu pouvoir d'eux tous.

(2) Hauriou, *op. cit.*, p. 113-114. Berthélemy, *Droit administratif*, 2e éd., p. 305. Grumbach, *Les associations et les cercles*, n° 30 Benoit, Célier, Vavasseur et Taudière, *Sociétés et asociations*, 7e éd., p. 27-28. Margat, *De la condition juridique des associations non déclarées* (dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p. 235 et s.). Capitant, *Introd. à l'étude de droit civil*, 2e éd., p. 201 et s.

vant se passer de certaines ressources élémentaires. Nous ajoutons qu'elle reposerait sur une confusion : la personnalité morale est *autre chose* que la possession en commun de certains biens affectés à un certain but ; et on ne peut être regardé comme cherchant à donner la capacité juridique à leur groupement les associés qui n'ont en vue que cette mise en commun (1). Mais il ne faut pas se dissimuler que la solution est grave, et peut conduire à un régime des associations assez différent de celui qu'avaient rêvé la plupart des auteurs de la loi de 1901. D'une part, en effet, il est impossible de la limiter aux cotisations ; les associés pourront mettre en commun des biens de toute nature leur appartenant ou appartenant à l'un d'eux (2) ; ils pourront placer les fonds provenant des cotisations, et avec le capital ainsi constitué acheter des immeubles, qui, eux aussi, seront communs. Tout cela est inévitable, le principe admis, car la loi n'a fixé aucune limite. La seule que l'on puisse accepter, c'est la possibilité pour les tribunaux d'annuler les actes faits au profit des associés, lorsqu'il leur apparaîtra en fait qu'on a voulu arriver à une mainmorte occulte d'une durée indéfinie, et que les combi-

(1) Les développements que nous avons donnés ci-dessus (nos 65 et suiv.) sur la limite du concept de personnalité nous dispensent d'insister sur cette idée.

(2) Nous ne pensons pas que l'on puisse limiter cette faculté aux cotisations, parce qu'elle résulte pour les associés, non d'un texte précis, mais des principes généraux du droit : « On ne saurait soutenir, dit avec raison M. Margat (*op. cit.*, p. 254), en l'absence d'un texte venant édicter cette règle, que l'entrée d'une personne dans une association a pour effet de limiter sa capacité personnelle. Cette capacité reste entière. Les membres de l'association ont donc le droit de former une masse indivise à telles fins que bon leur semble. »

naisons adoptées donnent au patrimoine la même permanence qu'au patrimoine d'une personne morale. Cela pourra se produire, par exemple, s'ils ont doublé leur association d'une société de gains fictive ayant pour unique objet de l'alimenter ; mais ce seront là des cas exceptionnels (1).

D'autre part, on ne doit même pas dire, suivant nous, que le patrimoine commun ainsi constitué ne pourra être accru par des dons et legs, faits aux associés à charge d'affectation aux besoins de l'association ; car, le principe admis, où est la disposition de la loi qui l'interdit ? L'article 17, § 2, n° 1 établit, il est vrai, sur ce point, une présomption d'interposition de personne, mais seulement à l'égard des congrégation (et encore il l'établit pour les acquisitions à titre onéreux, aussi bien que pour les dons ou legs, ce qui montre bien qu'il n'a pas pour objet d'interdire plns particulièrement ces derniers). Tout ce qu'on peut dire, là encore, c'est qu'en fait les tribunaux pourront annuler les dons et legs pour interposition de personne au profit de l'être moral incapable plus facilement qu'un autre acte, mais encore faudra-t-il prouver qu'il y a réellement interposition (2).

Enfin, il faut remarquer que, si l'on veut être logique,

(1) V. ci-dessus, p. 29 *bis*, note 3. Même la société dont il s'agit ne sera pas légalement présumée personne interposée ; car la présomption d'interposition de l'article 17, § 2, n° 2 n'existe qu'à l'égard des congrégations. Mais on peut prévoir qu'en fait les tribunaux admettront dans ce cas l'interposition.

(2) M. Capitant, p. 204, considère comme interdite l'acquisition d'immeubles affectés au but social. Mais il ne donne, à l'appui de cette solution, aucun argument autre que l'esprit de la loi. Or cet esprit nous paraît ne pas s'opposer à l'acquisition d'immeubles, pourvu que ces immeubles ne soient pas soumis au régime de la personnalité morale.

on ne doit pas appliquer la solution uniquement aux associations non déclarées. Le droit des associés de mettre leurs biens en commun une fois accepté doit être admis même pour les associations déclarées, qui pourront avoir ainsi, à côté de leur patrimoine officiel, un second patrimoine, ne leur appartenant pas, mais affecté aux fins sociales par les membres copropriétaires. Sans cela on ferait aux associations déclarées un régime pire qu'aux associations non déclarées. D'ailleurs, pour les unes comme pour les autres, il n'y a pas interposition dans l'acte qui a pour seul objet de mettre des biens en commun entre les associés ; il n'y aurait interposition que dans l'acte qui aurait pour objet indirect de grossir le patrimoine social proprement dit. La limite est difficile à fixer, mais pas plus pour les associations déclarées que pour les autres.

Il y aura donc des biens, qui pourront être importants, affectés en fait au but social. Quel sera le régime de ces biens? Cette question du régime des biens des associations licites non douées de personnalité (ou douées seulement d'une personnalité partielle) a donné lieu, dans presque tous les pays, à des difficultés inextricables ; et les solutions les plus variées lui ont été données, depuis celle qui consiste à soumettre ces biens au régime d'une simple communauté de fait (1), jusqu'à celle qui les assimile entièrement aux biens des personnes morales expressément reconnues (2). Entre ces opinions extrêmes, plusieurs opi-

(1) V. principalement Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXVI, nos 186 et s.

(2) V. dans ce dernier sens, Gierke, *Genossenschaftstheorie*, p. 88 et s. En France même, le système a été soutenu par M. Epi-

nions intermédiaires se sont fait jour, essayant d'établir pour cette situation une construction juridique intermédiaire entre celle de *societas* romaine et celle de la corporation (1). Le Code civil allemand a tranché toutes ces incertitudes en soumettant les biens des associations non douées de personnalité au régime établi pour les *sociétés* (art. 54), c'est-à-dire au régime de la Gesammte Hand, tel que nous avons essayé d'en donner l'idée plus haut. On a critiqué cette solution, parce qu'elle ne donne pas la véritable expression du régime auquel les associés entendent soumettre les biens ainsi mis en commun ; mais elle a du moins l'avantage de créer un régime précis, moins favorable que le régime de la personnalité à la stabilité et au développement de l'association, acceptable cependant pour elle et ne l'empêchant pas de poursuivre efficacement le but qu'elle se propose. Elle résout ainsi, d'une manière heureuse, le problème de rendre désirable à toute association l'acquisition de la personnalité, et cependant de ne pas la lui imposer. Le législateur de 1901 aurait sagement agi en prévoyant le cas, et en le soumettant à des dispositions analogues à celles de la loi allemande (2).

Dans le silence du texte, plusieurs auteurs ont déjà

nay, dans sa thèse : *De la capacité juridique des associations*, Lille, 1897, p. 95 et s.

(1) V. pour les détails sur ces constructions intermédiaires, qu'il nous paraît inutile d'analyser en détail, notre travail sur la Personnalité des associations en droit comparé, dans *Annales de l'Université de Grenoble*, 1901, p. 49.

(2) V. sur cette disposition de la loi allemande. Saleilles, *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand*, p. 58 ; v. aussi la note du même auteur dans le *Bulletin de la Soc. de législ. comparée*, 1899, p. 452 et s. ; Meurer, *Die Juristischen Personen*, p. 58 et s.

exprimé l'idée qu'on pourrait appliquer au patrimoine de fait de l'association ce régime de la Gesammte Hand (1). D'autres, au contraire, le considèrent comme soumis aux règles générales de l'indivision (2).

L'une et l'autre opinion nous paraissent trop absolues. D'une part, il nous semble que le régime si imparfait de l'indivision doit être considéré comme implicitement écarté, dans plusieurs de ses conséquences, par le contrat d'association lui-même. Par cela seul qu'elle admet la validité de ce contrat et la possibilité, même au cas d'association non déclarée, d'y comprendre l'apport de certains biens, la loi permet, croyons-nous, aux parties de mettre ces biens dans l'indivision, non seulement pour la durée déterminée par l'article 815, C. c., mais pour toute la durée de l'association. En d'autres termes elle donne, à ce point de vue, au contrat d'association la même portée qu'au contrat de société. L'indivision pure et simple est un état passif, qui ne peut se prolonger au delà d'une certaine durée sans exposer les biens qu'elle comprend à toutes les chances d'une mauvaise administration. L'association et la société sont au contraire des états d'activité, donnant aux biens une destination précise, et les soumettant à une administration unifiée. Les motifs de l'article 815 ne s'étendent donc pas à elles. Sans cela on ne comprendrait pas que l'article 4 de la loi de 1901 (article applicable aux associations non

(1) En ce sens Hauriou, *Droit administratif*, p. 115. Josserand, Essai sur la propriété collective, dans le *Livre du centenaire du Code civil*, p. 378.

(2) Waldeck-Rousseau dans la dépêche ci-dessus citée, Grumbach, *op. cit.*, p. 25. Margat, *op. cit*, p. 254 et s. Capitant, *op. cit.*, p. 203 et s. Planiol, *op. cit.*, n° 3042.



déclarées aussi bien qu'aux associations déclarées), imposât à celui qui se retire de l'association non formée pour un temps déterminé l'obligation de lui payer les cotisations échues et celles de l'année courante. Comment aurait-il pareille obligation s'il a le droit, en se retirant, de faire liquider partiellement le patrimoine social au moyen d'une action en partage ? Il serait contradictoire de l'obliger à verser d'une main ce qu'on lui permettrait de reprendre de l'autre (1). — En outre, on comprendrait moins encore que le même article 4 obligeât l'associé à rester dans l'association pour toute la durée fixée quand elle est faite pour une durée déterminée. Le droit de demander à sortir de l'indivision ne peut être qu'un corollaire du droit de sortir de la société, et si celui-ci n'existe pas le premier ne peut pas exister davantage.

Il résulte encore, suivant nous, de l'ensemble du texte, une seconde conséquence : la loi admet implicitement que l'associé, en se retirant, ne reste pas copropriétaire du fonds social. Elle lui permet de se retirer en versant une dernière cotisation ; c'est donc qu'elle le considère comme devenant, à partir de ce moment, étranger à l'association. En s'affranchissant pour l'avenir de toute obligation l'associé renonce par là même à tout droit, aussi bien aux droits sur le patrimoine commun qu'aux droits

(1) M. Margat (*op. cit.*, p. 253) essaie d'atténuer la force de cet argument (déjà exposé par M. Hauriou), en déclarant qu'il exclut seulement le droit de demander le partage des cotisations, non celui des capitaux et des économies. Mais ce serait un texte bizarre que celui qui, réglant les conséquences de la sortie d'un associé, lui impose l'obligation de verser ses cotisations en retard, et négligerait de nous dire qu'il a, par contre, le droit de demander le partage du fonds social !

sur la direction de l'association. Au contraire en entrant dans l'association les nouveaux membres deviennent copropriétaires du fonds social. Cette dernière solution ne dérive par immédiatement du texte, mais elle est la conséquence de la précédente. On ne comprendrait pas une association où les sortants cesseraient d'être copropriétaire alors que les entrants ne le deviendraient pas. Outre que l'on aurait ainsi, à la fin de l'association, une liquidation infiniment compliquée, on arriverait à cette conséquence singulière que, pour certaines parties du patrimoine commun, il pourrait n' y avoir plus aucun copropriétaire. La seule solution pratiquement possible est donc de décider que la copropriété suit le mouvement du personnel de l'association (1).

A ces deux points de vue, la loi admet donc que les conséquences du régime passif d'indivision sont écartées par le contrat d'association, et qu'il existe un régime se rapprochant de celui de la Gesammte Hand. Mais nous ne croyons pas pour cela que l'on puisse appliquer ce dernier régime au patrimoine commun dans sa partie la plus importante, celle qui concerne les tiers : l'affectation exclusive, même à l'égard des tiers, du patrimoine social au but social, avec toutes les conséquences qu'elle entraîne (séparation du patrimoine social et des patrimoines privés des associés, limitation du gage des créanciers sociaux au fonds social, etc.) nous paraît ne

(1) On nous objectera peut-être qu'il est illogique d'interdire la *société* placée à côté de l'association dans le but de l'alimenter et de permettre la constitution d'un patrimoine commun dont la copropriété se déplace avec le mouvement du personnel. Mais nous répondrons que l'ensemble de notre système ne donne pas à ce patrimoine la même stabilité qu'au patrimoine d'une société, puisqu'à l'égard des tiers il ne forme qu'une simple indivision.

pouvoir résulter que d'un contrat *dûment publié*, et non d'un contrat non révélé aux tiers comme celui de l'association non déclarée. On pourrait sans doute imaginer un système de publicité propre à prévenir les tiers ; mais en matière d'association la loi n'a organisé qu'un seul système de publicité, la déclaration, et il est impossible à l'interprète de créer, à côté de ce système qui conduit à la personnalité morale, un autre système de publicité qui conduirait à un régime de main commune. A l'égard des tiers, ce seront donc les principes de l'indivision ordinaire qui s'appliqueront. Les créanciers des associés auront le droit de faire saisir et vendre la part de leur débiteur dans le bien commun, sans avoir égard à l'affectation de ce bien. D'autre part, les tiers qui traiteront avec un des associés agissant pour le compte de la société n'auront en principe que cet associé pour débiteur, et l'auront pour débiteur personnel à moins qu'il n'ait reçu mandat régulier de ses coassociés. Enfin la règle que *nul ne plaide par procureur* s'appliquera vis-à-vis d'eux, dans la mesure où la jurisprudence la maintient en droit commun : si donc l'un des associés soutient un procès contre un tiers concernant les intérêts sociaux, la chose jugée ne sera pas opposable aux autres et ne pourra pas être invoquée par eux, à moins que tous leurs noms ne figurent dans les actes de la procédure (1). Au contraire, quand l'association plaidera contre un de ses membres, elle pourra agir par l'intermédiaire de son gérant, la règle n'étant pas d'ordre public et les associés pouvant être regardés

(1) Sauf toutefois l'application des principes sur la solidarité et l'indivisibilité. V. Trib. de la Seine, 16 avril 1879. D. 80. 3. 22.

comme y ayant renoncé les uns vis-à-vis des autres par le pacte social (1).

Ce régime, que nous ne pouvons ici qu'esquisser, ne donnera sans doute pas à l'association une situation sûre. Elle sera exposée à des périls. Mais cela même correspond aux vues du législateur, qui n'a pas voulu que l'association non déclarée puisse posséder un vrai patrimoine de mainmorte, ayant tous ou presque tous les avantages du patrimoine permis à l'association déclarée. Tel qu'il est, il pourra suffire aux petites associations qui n'ont que peu d'occasions d'entrer en relations avec les tiers.

§ 2. — *Associations soumises à des règles spéciales.*

151. Les associations soumises à des règles spéciales appartiennent à deux catégories très différentes. Ce sont, d'une part, les congrégations religieuses, qui ont toujours eu une situation particulière, et qui, depuis la loi de 1901, sont soumises à un régime beaucoup plus rigoureux que celui des associations ordinaires. Ce sont, d'autre part, certaines associations qui, dès avant la loi de 1901, échappaient au régime de l'autorisation, pouvaient se constituer librement en observant certaines formalités, et acquéraient par là même la personnalité morale. Ces associations, qu'on pouvait à cette époque

(1) V. Cass., 19 novembre 1879, D. 80. 1. 84 ; 27 janvier 1890. D. 90. t. I. 48, Paris 10 novembre 1894. D. 95. 118. On sait d'ailleurs que la jurisprudence a de plus en plus tendance à atténuer la portée de la règle que *nul ne plaide par procureur* ; les associations non reconnues profiteront sans doute de cette tendance, qui nous paraît d'ailleurs bonne en elle-même.



appeler *associations privilégiées*, méritent encore cette qualification à certains points de vue, car elles ont une capacité supérieure à celle des associations déclarées de la loi de 1901 : ce sont les associations syndicales de propriétaires, les syndicats professionnels, les sociétés de secours mutuels, les sociétés ou caisses d'assurances mutuelles agricoles. Les textes relatifs à ces associations sont restés en vigueur depuis la loi de 1901 (1).

152. *Congrégations religieuses.* — Les congrégations

(1) Au contraire, les règles particulières qui, avant la loi de 1901, régissaient certaines autres catégories d'associations sont aujourd'hui abrogées. Il en est ainsi notamment : 1° pour les associations d'enseignement supérieur que les lois combinées du 12 juillet 1875 et 18 mars 1880 soumettaient, au point de vue de la personnalité, à certaines règles particulières, notamment à la nécessité d'être autorisées par une loi spéciale ; on doit les considérer aujourd'hui comme soumises aux dispositions de la loi de 1901. Il est vrai que la loi ne l'a pas dit expressément, et l'on pourrait soutenir l'opinion contraire en invoquant la règle *specialia generalibus non derogant.* Mais nous croyons qu'il rentre dans l'esprit de la loi nouvelle de comprendre dans l'abrogation générale édictée par l'article 21 *in fine* (*toutes les dispositions contraires à la présente loi*) tous les textes antérieurs *moins favorables* aux associations que la loi nouvelle et notamment toutes celles qui exigeaient une autorisation. En ce sens Trouillot et Chaptal, p. 398-399. Ces auteurs admettent que les associations restent soumises aux lois de 1875 et de 1880 concernant les déclarationsà faire aux autorités universitaires et judiciaires, ce qui nous paraît une distinction trop arbitraire pour être admissible ; 2° pour les sociétés de courses qui, d'après la loi du 2 juin 1891, devaient faire approuver leurs statuts par le ministre de l'agriculture, après avis du conseil supérieur des haras ; elles sont aujourd'hui soumises à la loi de 1901 ; 3° pour les diverses sociétés régies par les textes qu'abroge expressément l'article 21 de la loi de 1901 : ordonn. 5-8 juillet 1820, art. 20 (associations d'étudiants) décret du 28 juillet 1848, article 30 (sociétés secrètes) ; loi du 30 juin 1881, article 7 (clubs) ; loi du 14 mars 1872 (association internationale des travailleurs).

religieuses sont des associations dont les membres vivent en commun, sous une certaine règle, pour se vouer à la vie religieuse. Elles sont distinguées des associations ordinaires par les trois circonstances mises en lumière par cette définition : la *vie en commun*, la *règle*, les *vœux religieux;* circonstances qui doivent se trouver *cumulées* pour qu'il y ait congrégation (1).

L'Assemblée constituante avait adopté, à l'égard des communautés religieuses, un système qui les laissait en partie subsister en fait. Elle s'était contentée de prononcer l'abolition des vœux religieux, et de supprimer les ordres ou congrégations où l'on faisait de semblables vœux (loi des 13-19 février 1790). Elle donnait par là aux religieux la liberté de sortir de leurs couvents, et pourvoyait par des pensions au sort de ceux qui usaient de cette faculté. Mais elle déclarait ne rien changer, provisoirement, à l'égard des maisons chargées de l'éducation publique, et des établissements de charité. En outre, elle laissait les religieux libres de vivre en commun, s'ils le voulaient : « Votre comité a pensé, disait Treilhard dans son rapport, que vous donnerez un grand exemple de sagesse et de justice, lorsque, dans le même instant où vous vous abstiendriez d'employer l'autorité civile pour maintenir l'effet des vœux, vous conserveriez cependant l'asile du cloître aux religieux jaloux de mourir sous leur règle ». Les congrégations conservèrent donc alors une existence de fait. C'est seulement l'Assemblée législative qui, par les décrets des 4-17 et 7-16 août 1792 accomplit la suppression effective des congrégations régulières, suppression qu'elle étendit

(1) V. *suprà*, nos 104 et s.

aux congrégations séculières par le décret du 18-18 août 1792, et qui entraîna l'évacuation et la vente des maisons occupées par les religieux et religieuses. Ce dernier texte permit seulement que, dans les hôpitaux et maisons de charité, les mêmes personnes continuassent le service des pauvres et le soin des malades *à titre individuel*, sous la surveillance des corps municipaux et administratifs, jusqu'à l'organisation définitive des secours publics ; et il admit une règle analogue pour la continuation provisoire de l'enseignement public à titre individuel par les membres des communautés dissoutes (T. I, art. 2 et 6). A part ces atténuations, les religieux devaient évacuer leurs maisons et indiquer le lieu où ils se retiraient ; ils avaient droit du reste à une pension à condition de prêter le serment civique.

Les congrégations ainsi supprimées ne furent point légalement reconstituées au moment du Concordat. La loi du 18 germinal an X, art. 11, après avoir parlé des chapitres cathédraux et des séminaires, ajoute : « Tous autres établissements ecclésiastiques sont supprimés », et Portalis, dans son rapport sur les articles organiques, commente ainsi cette disposition : « Toutes les institutions monastiques ont disparu : elles avaient été minées par le temps. Il n'est pas nécessaire à la religion qu'il existe des institutions pareilles » (1). Cependant, à cette

(1) Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801* (Paris, 1845), p. 97. L'opinion de Portalis sur les congrégations religieuses n'est d'ailleurs pas tout entière dans cette formule tranchante. Dans un rapport du 25 fructidor an X, après avoir donné un avis contraire à la reconstitution de certaines congrégations, et déclaré que le moment n'était pas favorable pour autoriser des corporations ecclésiastiques, il ajoute : « Dans quelques années il sera peut-être sage de favoriser des établissements

date, certaines congrégations s'étaient déjà reconstituées en fait, et même quelques congrégations hospitalières ou charitables de femmes avaient été provisoirement autorisées par des arrêtés (V. l'art. 3 du décret du 3 messidor an XII, qui énumère ces congrégations en indiquant la date des arrêtés : sœurs de Charité, sœurs Vatelottes, etc.). Une congrégation d'hommes, celle des Pacanaristes, ayant sollicité la reconnaissance, le Gouvernement fut amené à poser une règle générale dans le décret du 3 messidor an XII. Il commence par déclarer dissoute l'association des Pères de la Foi, Adorateurs de Jésus, ou Pacanaristes, ainsi que toute autre association non autorisée ; il ordonne que les membres qui composent ces associations se retirent dans leurs diocèses respectifs ; et il renouvelle la prohibition des lois révolutionnaires contre tout ordre religieux dans lequel on se lie par des vœux perpétuels. Mais, sous cet aspect

qui pourront servir d'asile à toutes les têtes exaltées, à toutes les âmes sensibles ou dévorées du besoin d'agir et d'enseigner... Il ne suffit pas d'avoir des institutions pour classer les citoyens, il faut en avoir encore, si je puis m'exprimer ainsi, pour classer les âmes et donner à toutes les moyens réguliers de suivre leurs mouvements dans un ordre fixe et convenu ». (*Eod. l.*, p. 450-451). Un peu plus tard (2 et 8 pluviôse an XII) il donne un avis favorable à une association ecclésiastique que l'archevêque de Lyon voulait établir dans son diocèse en vue de l'éducation et des missions, et fait ressortir tous les avantages qu'on peut trouver à confier l'enseignement à des congrégations ; il conclut : « On n'aura jamais de vrais instituteurs publics tant qu'on n'aura pas une *agrégation* d'hommes consacrés à cet objet intéressant » (*Eod. l.*, p. 467). Il entend d'ailleurs par là une agrégation d'hommes voués à l'état ecclésiastique et vivant en commun. Enfin dans les rapports des 13 prairial an XIII et 24 mars 1807 (*eod. l.*, p. 480 et 495), il prend la défense des congrégations de femmes vouées à l'enseignement et à l'assistance, et en fait un éloge des plus chaleureux.

prohibitif, il fait en réalité revivre, avec la personnalité morale, certaines congrégations. Il déclare, en effet, qu'aucune agrégation ou association d'hommes ou de femmes ne pourra se former à l'avenir, sous prétexte de religion, *à moins qu'elle n'ait été formellement autorisée par décret impérial.* Il admet donc, pour l'avenir, la possibilité d'une reconnaissance par décret. En outre, il valide les reconnaissances provisoires opérées antérieurement par divers arrêtés au profit de certaines congrégations charitables, à condition qu'elles présentent leurs statuts et règlements dans le délai de six mois, pour être vus et vérifiés en Conseil d'Etat.

C'est conformément à ce texte que furent autorisées, sous le premier Empire, certaines congrégations d'hommes : lazaristes, missions étrangères, prêtres du Saint-Esprit, prêtres de Saint-Sulpice, frères des écoles chrétiennes (1). Il est à remarquer que, conformément à une idée générale que nous avons déjà signalée, toutes ces congrégations étaient chargées d'une mission spéciale, et plus ou moins incorporées à l'Administration. Ainsi le supérieur des missions étrangères était nommé par le chef de l'Etat (2).

Quant aux congrégations de femmes, elles furent autorisées en bien plus grand nombre. Mais elles aussi furent considérées comme chargées de véritables ser-

(1) L'existence légale de ces diverses congrégations a été reconnue par le Conseil d'Etat, dans les avis du 16 janvier 1901 et du 1er août 1901 (V. *Revue génér. d'Administration*, 1901. 1. 303, et le Rapport de M. Rabier sur les demandes d'autorisation des congrégations. Chambre, Session ord. de 1903, *Ann.*, 738, p. 143).

(2) V. la thèse précitée de M. Avril, *Des origines de la distinction des établissements publics et des établissements d'utilité publique*, p. 224.

vices publics (éducation des jeunes filles, assistance des pauvres et des malades, refuges pour filles repenties), et soumises à une étroite tutelle administrative. Le décret du 18 février 1809, uniformisant dans une certaine mesure les règles qui leur étaient appliquées, les plaça sous la protection de Mme Lœtitia, et reconnut leurs vœux *temporaires* comme ayant force d'institution publique.

Les congrégations religieuses reconnues avaient donc, à cette époque, le caractère d'établissements *publics ;* ce n'est que peu à peu que les idées sur ce point se sont modifiées, par suite de ce fait que l'Etat les a de moins en moins considérées comme ses collaboratrices, et leur a laissé en pratique une plus grande liberté d'allure (1). Quant aux formes de la reconnaissance elles ont passé par les phrases suivantes : la loi du 2 janvier 1817 (qui avait pour principal objet de permettre aux établissements ecclésiastiques de recevoir des libéralités immobilières), déclara que ses dispositions s'appliquaient aux établissements ecclésiastiques *reconnus par la loi* ; et l'on déduisit de ce texte, combiné avec les travaux préparatoires : 1° que les congrégations religieuses étaient comprises dans cette formule ; 2° que celle-ci renferme implicitement l'obligation, *pour l'avenir*, de la reconnaissance par une loi spéciale et non par un simple décret. Le Gouvernement soutint cependant, durant quelques années, qu'il avait le droit d'autoriser les congrégations par simple ordonnance. Mais devant les résistances soulevées par cette thèse, il se résolut à présenter

(1) Ainsi que nous l'avons dit, la classification dans les personnes morales de droit privé ne fait plus aujourd'hui de doute sérieux (*Suprà*, ch. II, n° 88).



un projet de loi, dans lequel il faisait la part du feu, en admettant la nécessité d'une loi spéciale pour les congrégations d'hommes, mais en se réservant le droit d'autoriser par ordonnance les congrégations de femmes. Les Chambres n'acceptèrent pas entièrement la proposition et la loi du 24 mai 1825 admit le principe d'une loi pour les deux catégories, mais avec quelques atténuations pour les congrégations de femmes (1), atténuations accrues plus tard par le décret-loi du 31 janvier 1852.

153. En somme, avant la loi de 1901, la situation était la suivante :

1° Les congrégations religieuses d'hommes ne pouvaient, depuis la loi de 1817, être autorisées que par une loi. En fait aucune loi d'autorisation n'était intervenue, et il n'y avait pas d'autre congrégation d'hommes reconnue que celles qui l'avaient été par décret ou ordonnance avant cette date (2). Il y avait, en outre, un certain nombre de congrégations non reconnues comme telles, qui avaient des établissements *reconnus comme établissements d'utilité publique*, dans les formes usitées pour les établissements de ce genre. Ces congrégations jouissaient même de certaines faveurs qui leur avaient été expressément accordées par la loi du 15 mars 1850, art. 31 et 79, et par la loi du 27 juillet 1872, art. 2005, et pendant longtemps le Conseil d'Etat les avaient admises à recevoir des libéralités. Mais la Cour

(1) Sur l'histoire des lois de 1817 et 1825, V. Avril, p. 246 et s. Dubief et Gottofrey, dans le *Rép.* de Béquet, v° *Cultes*, n° 2116.

(2) Le Conseil d'Etat, dans l'avis du 14 février 1901 (Rapport Rabier, p. 145) a considéré ces règles comme applicables aux congrégations de Savoie, en faisant toutefois une réserve pour les religieux de l'abbaye de Haute-Combe.

de cassation avait décidé, par un arrêt du 3 juin 1861 (1), que cette autorisation n'avait d'autre effet que de mettre la congrégation en règle avec les lois de police, et d'autoriser ses services en vue de l'enseignement primaire, mais qu'elle ne lui conférait pas la personnalité civile ; le Conseil d'Etat s'était rangé à cette opinion par un avis du 16 juin 1881, qu'il a confirmé par l'avis du 16 janvier 1901 (2). Quelques arrêts, appliquant aux congrégations de ce genre la théorie de l'individualité juridique, leur avaient reconnu le droit d'ester en justice (3).

2° Quant aux congrégations de femmes, il fallait aussi en principe qu'elles fussent reconnues par une loi. Mais les textes de 1825 et de 1852 admettaient à cette règle diverses exceptions (4). La congrégation notamment, pouvait être reconnue par décret en Conseil d'Etat, lorsqu'elle adoptait des statuts déjà vérifiés et enregistrés au Conseil d'Etat, et approuvés pour d'autres congrégations ou communautés religieuses; en outre, la congrégation reconnue comme congrégation à supérieure générale pouvait obtenir par décret l'autorisation de créer un établissement de religieuses de son ordre, ou la reconnnaissance légale d'un établissement déjà créé.

3° Les congrégations non reconnues étaient certainement dénuées de toute personnalité. Mais c'était une

(1) D. 61. 1. 218. Conclusions de Dupin. Cpr. Nancy, 15 juin 1878, D. 79. 2. 236. Lyon, 12 juillet 1878, D. 80. 1. 148.

(2) *Revue générale d'Administration*, 1901. 1. 303.

(3) Toulouse, 6 mars 1884, D. 85. 2. 145.

(4) Pour le détail de ces exceptions, V. Dubief et Gottofrey, nos 2002 et s.

question discutée que de savoir si on devait les considérer comme *illicites*. Un grand nombre d'auteurs l'admettaient, les uns en se basant sur les articles 291 et 292 du Code pénal, d'autres en s'appuyant sur les lois révolutionnaires qui avaient supprimé les congrégations et sur le décret du 3 messidor an XII, d'autres en admettant l'application cumulée de ces dispositions. Ces divergences sur le fondement de la prohibition entraînaient une divergence sur sa *sanction*, les partisans de l'article 291 admettant une sanction pénale, les autres admettant seulement un droit de dissolution du Gouvernement par mesure de police. C'est ce dernier droit que le Gouvernement avait invoqué dans les célèbres décrets du 29 mars 1880. Mais d'autres auteurs soutenaient que les congrégations non autorisées n'avaient aucun caractère illicite, et différaient seulement des autres par l'absence de personnalité morale (1). En fait, après la tentative de dissolution de 1880, les pouvoirs publics avaient largement toléré l'existence de ces congrégations et elles étaient très nombreuses.

154. La loi du 1er juillet 1901 s'est proposée tout à la fois de régler la situation des congrégations existantes non reconnues, et de donner des règles pour la création, dans l'avenir, de congrégations nouvelles. Sur les deux points elle a, pour des motifs d'ordre politique, qu'il nous paraît inutile de discuter ici, adopté des solutions extrêmement rigoureuses qui font disparaître toute la liberté *de fait* résultant du régime antérieur.

(1) Sur la célèbre controverse, qu'il n'y a pas lieu d'étudier ici en détail, v. Dubief et Gottofrey, nos 2137 et s., et les nombreux auteurs cités dans un sens ou dans l'autre aux nos 2142 et 2151.

En premier lieu, elle oblige toutes les congrégations existantes non reconnues à faire dans un délai de trois mois les diligences nécessaires pour obtenir l'autorisation (d'après les règles qu'elle fixe elle-même pour les congrégations à établir dans l'avenir). Elles répute *dissoutes de plein droit* les congrégations qui ne se seront pas conformées à cette règle (art. 18).

En second lieu, elle déclare que dans l'avenir, aucune congrégation ne peut se former sans une autorisation donnée *par une loi*, qui déterminera les conditions de son fonctionnement (art. 13).

Enfin, elle déclare *illicite* toute congrégation formée sans autorisation, et soumet ceux qui en font partie à une pénalité correctionnelle, qui est portée au double pour les fondateurs et administrateurs (art. 16). D'après la jurisprudence de la Cour de cassation, cette sanction s'applique, non seulement aux congrégations nouvelles qui se formeraient sans autorisation, mais encore aux congrégations anciennes non autorisées qui n'ont pas régularisé leur situation dans le délai légal (1). A cette sanction pénale, faut-il ajouter une sanction de police consistant dans le droit pour le Gouvervement de faire fermer, sans condamnation judiciaire préalable, les établissements de la congrégation non autorisée? Nous croyons qu'il faut aujourd'hui répondre négativement, la sanction pénale rendant inutile toute mesure de police, et ayant pour objet de la remplacer.

Il résulte de ces dispositions que dans la loi de 1901,

(1) Cass., 6 novembre 1902. D. 1903. 1. 308, et les conclusions de M. le procureur général Baudouin. Plusieurs jugements ou arrêts, avaient admis la solution contraire, qui est admise sous forme dubitative, par Hauriou, *op. cit.*, p. 125.



les congrégations (à la différence des associations ordinaires) ne sont licites qu'à la condition d'être reconnues comme personnes morales. Le législateur a admis ici, non seulement que la personnalité morale était la conséquence *naturelle* de l'existence à titre d'association (idée que nous approuverions pleinement), mais encore qu'elle en était la conséquence *nécessaire*. Une congrégation ne pourait pas demander à vivre sans personnalité morale, comme vivaient, avant 1901, les associations autorisées en vertu de l'article 291 du Code pénal, comme peuvent vivre, aujourd'hui encore, les associations non déclarées, comme peuvent vivre aussi, d'après le Code civil allemand, les associations qui ne visent pas à la personnalité juridique. Rarement les législations ont admis cette indivisibilité absolue entre la personnalité morale et le droit d'association. C'est un point qu'il importe de constater, car on a souvent objecté aux congrégations qu'elles sollicitaient un véritable *privilège* en demandant la reconnaissance : en réalité ce n'est pas elles qui réclament ce privilège, c'est législateur qui leur impose l'obligation de le réclamer si elles veulent vivre, et en faisant cela il dépasse certainement les exigences de la théorie, et adopte une solution qui n'est plus en vigueur en France pour aucune autre catégorie d'associations (1).

Le régime est encore aggravé en ce qu'il est appliqué, non seulement à la congrégation elle-même, mais aussi aux établissements qu'elle veut fonder. D'après l'art. 13, § 2 de la loi, la congrégation une fois autorisée ne peut

(1) V. *infrà*, nos 156 et 157, nos explications sur la situation, à cet égard, des syndicats professionels et des sociétés de secours mutuels.

fonder aucun nouvel établissement qu'en vertu d'un décret rendu en Conseil d'Etat. La loi de 1901 ne prononçait d'ailleurs pas de sanction pénale contre la fondation d'un établissement sans autorisation ; en sorte qu'une fermeture administrative, assez contestable au point de vue des principes généraux de notre droit public, restait la seule sanction possible. La loi du 4 décembre 1902 a complété sur ce point sa devancière en frappant d'une pénalité tous ceux qui sans autorisation ouvriraient ou dirigeraient un établissement de ce genre, et tous ceux qui continueraient à en faire partie après que sa fermeture aurait été ordonnée, et même les propriétaires qui favoriseraient l'organisation ou le fonctionnement d'un établissement de ce genre en consentant l'usage d'un local dont ils disposent. Nous n'avons pas à entrer ici dans les nombreuses difficultés qui peuvent être soulevées par le sens du mot *établissement* (1). Mais il est important de relever que la loi n'admet plus d'établissement (quel que soit d'ailleurs le sens de ce mot) non doué de personnalité morale distincte. Elle impose la personnalité, non seulement à la congrégation, mais encore aux divers établissements qu'elle vou-

(1) V. principalement sur ces difficultés, qui n'ont pas été entièrement supprimées par la loi du 4 décembre 1902 : Riom, 18 juin 1903, et Grenoble, 20 juin 1903. D. 1903. 2. 393, et la note. Il résulte de la loi de 1902 que ni le petit nombre des membres, ni le fait que la propriété du local appartient à un tiers, n'est suffisant pour écarter le caractère d'établissement. Mais encore faut-il, pour qu'il y ait établissement, que le ou les religieux détachés continuent à dépendre de leur communauté et agissent pour son compte, et on ne doit pas les considérer comme tels, lorsqu'ils sont les salariés d'un tiers qui peut les renvoyer à volonté (pourvu que ce tiers ne soit pas une personne interposée).

drait fonder, — aggravation injustifiée d'une exigence déjà par elle-même excessive (1).

(1) L'ancienne jurisprudence avait déjà tendance à considérer comme devant nécessairement acquérir la personnalité morale les divers établissements de la congrégation. A la suite de la loi de 1825, l'instruction du 17 juillet 1825 avait cependant considéré les annexes de minime importance comme une sorte de prolongement de la congrégation autorisée, ce qui leur permettait de s'établir sans autorisation spéciale, et ce qui permettait à la congrégation de recevoir elle-même des libéralités dans leur intérêt. L'avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1849 admit l'opinion contraire, en déclarant que, dès qu'une *religieuse* venait s'établir dans une commune, sa présence suffisait pour constituer un établissement au sens de la loi de 1825, et que cet établissement devait être soumis à une autorisation spéciale. Mais la Cour de cassation suivait, à cette époque, l'opinion contraire (Cass., 6 mars 1854. D. 54. 1. 123, et 17 juillet 1856. D. 56. 1. 279), et le Conseil d'Etat, s'y rangea lui-même dans un avis de la section de l'Intérieur, du 19 juillet 1861 (Est d'avis : 1° qu'il y a lieu de distinguer dans les établissements dépendant des congrégations religieuses, ceux qui sont de véritables succursales de la maison-mère, et pour lesquelles on continuerait d'exiger l'autorisation impériale, et ceux qui, n'étant que des établissements scolaires, existent en vertu et sous l'empire de la loi de 1825 ; 2° que, pour ces derniers, le gouvernement pourrait, lorsqu'il le jugera convenable, donner aux maisons-mères l'autorisation d'acquérir et de posséder). Il ne maintint d'ailleurs sa jurisprudence que jusqu'en 1880 ; l'avis du 21 juillet 1880 exige une autorisation régulière pour tout établissement, si peu important qu'il soit. Dans la période de 1861 à 1880 le Conseil d'Etat avait, en vertu de la jurisprudence qu'il admettait alors, donné des avis favorables à l'acquisition par les maisons-mères de nombreuses libéralités ayant pour objet l'installation ou l'entretien d'établissements non pourvus de personnalité morale, et en conséquence ces libéralités avaient été autorisées par des décrets, qui souvent spécifiaient la nature de l'établissement à fonder, mais qui n'étaient pas précédés de la même procédure que les décrets de la loi de 1825, autorisant les établissements à titre de personnes morales. Ces décrets, dits décrets de tutelle, ont été, depuis la loi du 12 juillet 1901, considérés *comme non avenus à tout autre point de vue que l'acquisition de la propriété*, et

Au point de vue de la théorie de la personnalité morale, les textes que nous venons d'analyser n'ont qu'une faible importance. Ils constituent une législation d'exception dictée par une idée de méfiance appartenant entièrement à l'ordre politique, et ils sont en dehors du courant général qui paraît aujourd'hui prévaloir, pour le régime des associations, dans la plupart des pays

155. *Associations privilégiées.* — Il en est autrement des règles applicables aux associations que nous désignons sous le nom d'associations privilégiées. Elles sont très intéressantes parce qu'elles ont été, en France, le premier essai d'un régime de liberté ou au moins de quasi-liberté corporative. On a appliqué ce régime à certaines associations paraissant, ou moins dangereuses, ou plus particulièrement dignes de faveur, avant de l'appliquer timidement, dans la loi de 1901, à toutes les associations.

I. *Associations syndicales de propriétaires.* — Ce sont les premières qui ont bénéficié de ce régime de faveur, (loi du 21 juin 1865), et ce sont celles aussi qui se rapprochent le plus des sociétés de gain, ce qui explique en partie la générosité du législateur à leur égard. Ces associations doivent avoir pour but d'accomplir certains travaux d'utilité collective, travaux dont l'objet, indiqué dans la loi du 21 juin 1865 (art. 1) a été notablement

les établissements qui en bénéficiaient fermés comme établissements non autorisés. Nous estimons que c'était là donner, à tort, un effet rétroactif à la jurisprudence inaugurée en 1880, qui nous paraît pour l'avenir, avoir été confirmée par la loi nouvelle. La solution de l'Administration a cependant été admise par le Conseil d'État au contentieux, arrêt du 10 juin 1904 (Lebon, p. 448).

V. pour les documents cités ci-dessus, Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 218 et s. Dubief et Gottofrey, *op. cit.*

élargi par la loi du 22 décembre 1888 (1). Elles peuvent se former librement, sans intervention administrative, à condition que le consentement des associés soit constaté par écrit, et que l'acte d'association renferme les mentions exigées par la loi (art. 5, § 3). Elles acquièrent la personnalité morale par une simple formalité de publicité (publication d'un extrait de l'acte d'association dans

(1) La formule est aujourd'hui très large, puisque, en dehors des travaux compris expressément dans l'énumération, l'association peut se constituer en vue de *toute autre amélioration* ayant un caractère d'intérêt public dans les villes ou faubourgs, bourgs, villages ou hameaux, et en vue de *toute autre amélioration* agricole d'intérêt collectif (n°s 7 et 10 de l'art. 1). Il suffit donc qu'il s'agisse de *travaux*, et que ces travaux aient pour objet d'*améliorer collectivement* les fonds des propriétaires intéressés. On a admis la validité d'une association syndicale formée entre propriétaires d'étangs, en vue de travaux ayant pour objet la conservation du poisson dans ces étangs (Cass. 24 avril 1896, D. 97. 1. 471). Mais on n'établirait pas valablement une association syndicale pour construire une église, ou une école, ou tout autre édifice d'intérêt général n'ayant pas pour objet d'*améliorer* les fonds des propriétaires intéressés. On n'en établirait pas valablement non plus en vue d'améliorer ces fonds par d'autres procédés que des *travaux* à exécuter, par exemple pour défendre les intérêts collectifs de leurs propriétaires (Cass. 8 juillet 1889, D. 1900. 3. 112, nullité de l'association formée entre propriétaires arrosants pour défendre leurs intérêts contre l'administration d'un canal d'irrigation), ou pour exploiter en commun la pêche ou la chasse.

Des lois spéciales permettent d'établir des associations syndicales pour la défense des vignes contre le phylloxéra (loi du 15 décembre 1888), et pour facilliter le travail de la réfection du cadastre (loi du 17 mars 1898, art. 6). Le projet de loi sur la houille blanche, déposé à la date du 15 janvier 1904, permet également d'établir des associations libres de propriétaires riverains en vue de la création d'une usine hydraulique. La loi du 20 août 1881 (art. 19 et s.) permet également des associations syndicales en vue des travaux des chemins ruraux ; mais elle paraît n'admettre que des associations syndicales *autorisées*.

un des journaux d'annonce légale de l'arrondissement, ou, s'il n'en existe pas, dans l'un de ceux du département) (art. 3, 6 et 7). On sait d'ailleurs que ces associations peuvent devenir de véritables établissements *publics*, en se transformant en associations syndicales autorisées (1).

Enfin elles présentent cette particularité, qui les distingue de toute autre association, que les obligations contractées par leurs membres s'attachent à la terre plutôt qu'à la personne et suivent les fonds obligés en quelque main qu'ils passent (décret du 9 mars 1894, art. 3, dont la disposition s'applique aux associations syndicales libres aussi bien qu'aux associations autorisées).

156. II. *Syndicats professionnels.* — Le pas le plus important qui ait été fait avant la loi de 1901 dans le sens de la liberté corporative est celui de la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels. Cette loi admettait à se constituer librement, sans autorisation du Gouvernement, les syndicats ou associations professionnelles, c'est-à-dire les associations formées entre personnes « exerçant la même profession, des métiers similaires ou des professions connexes concourant à l'établissement de produits déterminés », et ayant pour objet exclusivement « l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles » (art. 1 et 2). Nous ne voulons pas ici entrer dans le détail des nombreuses difficultés soulevées par ces termes. Elles avaient une importance pratique très grande avant la loi de 1901, parce qu'alors les syndicats consti-

(1) V. ci-dessus, n° 89.



tués illégalement soit quant à l'objet, soit quant aux personnes, tombaient sous le coup de l'article 9, qui prononçait une pénalité contre les directeurs ou administrateurs, et qui permettait au tribunal saisi de la poursuite de prononcer la dissolution du syndicat. Aujourd'hui le syndicat qui ne remplit pas ces conditions ne saurait, semble-t-il, être soumis à une poursuite de ce genre, car, s'il n'est pas licite comme syndicat, il est licite tout au moins comme association formée sans autorisation ni déclaration préalable, en vertu de l'article 2 de la loi de 1901.

Il en est de même d'ailleurs des conditions de *forme* prescrites aux syndicats par la loi de 1884. D'après cette loi, la *déclaration* du syndicat (déclaration faite à la mairie et non, comme dans la loi de 1901 à la préfecture, et consistant dans le dépôt des statuts et des noms de ceux qui, à un titre quelconque, étaient chargés de l'administration ou de la direction) était obligatoire, non seulement pour conférer au syndicat la qualité de personne morale, mais encore pour lui donner le caractère licite. Aujourd'hui, le syndicat non déclaré sera licite en vertu de l'article 2 de la loi de 1901, et sera seulement dépourvu de personnalité morale.

Le système de la loi de 1884 se trouve par là modifié, bien que la loi de 1901 ait déclaré ce texte toujours en vigueur. Dans cette loi, en effet, il y avait indivisibilité entre la personnalité morale et le droit de s'associer ; tout syndicat licite était par là même personne morale, et même, d'après une jurisprudence d'ailleurs très contestable, tout syndicat illicite était aussi personne morale *tant qu'il vivait*. Le caractère illicite avait seulement pour conséquence de permettre les poursuites prévues

par l'article 9, et la dissolution du syndicat (1). Il n'existait donc pas de syndicat non doué de personnalité. Aujourd'hui au contraire, il existera deux degrés dans les syndicats comme dans les associations ordinaires : ceux qui seront conformes à la loi de 1884 auront la personnalité morale dans les termes de cette loi ; ceux qui ne rempliront pas les conditions qu'elle exige, soit au fond, soit dans la forme, seront des associations licites non douées de personnalité (2).

(1) Cette solution avait été nettement adoptée par la jurisprudence pour le cas d'inobservation des conditions de forme (Paris, 20 janvier 1886, D. 86. 2. 170 ; Bordeaux, 25 novembre 1886, D. 87. 5. 430) ; quelques décisions l'avaient appliquée aussi à l'inobservation de certaines conditions de fonds (p. ex. Trib. de Bordeaux, 5 février 1897, D. 98. 2. 132). En ce qui concerne ces dernières, cependant, elle ne pouvait l'être que si on se trouvait en présence de groupements ayant en réalité le caractère de groupements professionnels ; il n'aurait pas suffi de baptiser une association quelconque du titre de syndicat pour la faire rentrer dans les *syndicats* illicites de la loi de 1884 plutôt que dans les *associations* illicites de la législation alors en vigueur, associations qui assurément n'étaient point personnes morales. Aujourd'hui encore, il ne suffit pas de baptiser une association quelconque du titre de syndicat pour la faire bénéficier des règles de la loi de 1884, et non des règles moins favorables de la loi de 1901. Mais ce qu'on peut admettre, avec la plupart des arrêts, c'est qu'il y a ici une question d'appréciation, et que, si le groupe est *en réalité* professionnel, il ne perdra pas ce caractère par cela seul qu'il a commis certaines irrégularités, ou s'est ouvert accessoirement à certaines personnes qui n'appartiennent pas à la profession (V. les observations de M. Barthélemy, sur l'arrêt de la Cour de Douai du 1er février 1903, dans *Revue du droit public*, t. 21, p. 312 et s.)

(2) M. Pic (*Légis. industr.*, 2e éd., n° 373) a parfaitement caractérisé l'influence de la loi de 1901 sur celle de 1884 par les deux résultats suivants : 1° impunité assurée aux syndicats clandestins, que le législateur de 1884 avait entendu proscrire, en tant du moins que ces syndicats ne prétendent pas se comporter en personnes morales ; 2° reconnaissance implicite, à raison même de cette

Ce n'est pas à dire toutefois qu'il n'y ait plus intérêt à distinguer entre les associations ordinaires et les syndicats professionnels. Cet intérêt est multiple : 1° les syndicats professionnels acquièrent la personnalité morale moyennant des formalités un peu différentes de celles qui sont imposées aux associations ordinaires : dépôt à la mairie, et non à la préfecture ou à la sous-préfecture, dépôt ne portant que sur les statuts et sur les noms des personnes chargées de l'administration et de la direction, alors que les associations ordinaires doivent faire connaître en outre le titre et l'objet de l'association, et le siège de ses établissements ; 2° les syndicats peuvent comprendre des étrangers, mais les membres chargés de l'administration ou de la direction doivent être Français et jouir de leurs droits civils ; aucune règle semblable n'est imposée aux associations ordinaires ; seulement lorsqu'elles sont composées en majeure partie d'étrangers, ou lorsqu'elles ont des administrateurs étrangers, ou leur siège à l'étranger, elles peuvent être dissoutes par décret du président de la République, rendu en conseil des ministres, lorsqu'elles se rendent coupables de certains agissements prévus à l'article 2 (règle qui n'est pas applicable aux syndicats) ; 3° les syndicats professionnels peuvent former des *unions*, dans les conditions prévues à l'article 5 de la loi de 1884 ; mais ces unions n'ont aucune personnalité morale. Les associations peuvent, elles aussi, former des *unions* ou *fédéra-*

impunité, de deux catégories de syndicats professionnels, comme en droit anglais : les uns affranchis de toute ingérence administrative, mais dépourvus de toute personnalité civile ; les autres investis de cette personnalité, et de tous les avantages qu'elle implique, mais astreints en échange à l'obligation du dépôt de leurs statuts.

tions ; cela résulte, non du texte de la loi qui est muet, mais très nettement, des travaux préparatoires ; et ces unions sont plus favorisées que les unions de syndicats ; car elles peuvent obtenir la petite personnalité en se soumettant à la formalité de la déclaration (v. l'art. 7 du décret du 16 août 1901) (1) ; 4° les sanctions, en cas de violation de la loi de 1884 sont contenues dans l'article 9 de la loi ; la loi de 1901, article 8, introduit de son côté des sanctions pour le cas de violation de ses dispositions, et elles ne sont pas tout à fait les mêmes ; 5° enfin et surtout, la capacité du syndicat une fois constitué est plus étendue que celle des associations déclarées ; notamment, d'après l'opinion, qui tend de plus en plus à prédominer, il peut recevoir des dons et legs, et n'a besoin pour cela d'aucune autorisation (2).

Dans l'ensemble, ces règles font aux syndicats professionnels une situation plus favorisée que celle qui appartient aux associations ordinaires. Il est évident qu'une association qui ne répond pas à la définition de la loi de 1884 ne peut pas se placer sous le régime des syndicats. Nous pensons au contraire, comme il résulte des explications précédentes, qu'une association répondant par sa composition et son but à cette définition peut, si elle le juge préférable, se placer sous le régime de la loi de 1901, qui est celui du droit commun (3).

(1) V. sur ces points les explications détaillées de MM. Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 125 et s.

(2) Sur les autres différences qui peuvent exister au point de vue de la capacité, nous renvoyons au chapitre consacré à la capacité des personnes morales.

(3) Le projet de loi rapporté par M. Barthou (Rapport du 28 décembre 1903. *Ch. Doc. Parl. Sess. extraord.*, 1903, p. 66) modifierait plusieurs des termes de la comparaison précédente ;

157. III. *Sociétés de secours mutuels.* — La loi du 1er juillet 1898 a introduit le principe de liberté à l'égard des sociétés de secours mutuels avant qu'il ne soit introduit dans le droit commun, mais en établissant à leur égard une législation plus complexe que celle qui régit les syndicats professionnels. Elle distingue, en effet, trois catégories de sociétés de ce genre : les sociétés *libres*, les sociétés *approuvées*, les sociétés *reconnues d'utilité publique.* La personnalité morale, avec une capacité limitée, appartient aux sociétés libres, à condition qu'elles remplissent les formalités de l'article 4 : dépôt de leurs statuts, et des noms et adresses de toutes les personnes qui, sous un titre quelconque, sont chargées de l'administration ou de la direction (dépôt effectué, comme dans la loi de 1901, à la préfecture ou à la sous-préfecture). Les statuts doivent contenir un certain nombre de mentions indiquées à l'article 5. La capacité de ces sociétés, sans être aussi grande que celle des syndicats professionnels, est supérieure à celle des associations déclarées de la loi de 1901, car elles peuvent, avec une autorisation donnée tantôt par le préfet, tantôt par décret, recevoir des dons et legs mobiliers.

Pour avoir des droits plus étendus, et surtout pour jouir de certaines faveurs administratives (fourniture gratuite de locaux par la commune, exemption de certains droits fiscaux, droit de verser leurs capitaux à la caisse des dépôts et consignations), ces sociétés doivent faire approuver leurs statuts par arrêté ministériel ; elles sont dites alors *sociétés approuvées.* Mais cette appro-

notamment il étend encore la capacité des syndicats ; en outre il permet de créer des unions de syndicats douées de personnalité morale.

bation n'a pas le caractère discrétionnaire ; elle ne peut être refusée que dans deux cas : 1° pour non-conformité des statuts avec les dispositions de la loi ; 2° si les statuts ne prévoient pas des recettes proportionnées aux dépenses pour la constitution des retraites garanties, ou des assurances en cas de vie, de décès ou d'accident. Le refus d'approbation peut donc donner lieu à recours, qui se porte devant le Conseil d'État, et qui a lieu sans frais (art. 16).

Enfin ces sociétés peuvent, comme toutes associations, solliciter la reconnaissance d'utilité publique, qui leur confère la capacité appartenant aux établissements d'utilité publique ordinaires, sauf quelques nuances.

Elles peuvent former entre elles des *unions* (art. 8), qui ont, elles aussi, la personnalité morale, et qui se divisent comme les sociétés elles-mêmes en *libres*, *approuvées*, *reconnues d'utilité publique*. Ces unions ont la même capacité que les sociétés de la classe correspondante.

L'ensemble de cette législation spéciale maintenue en vigueur par la loi de 1901, ne s'applique qu'aux sociétés poursuivant, soit en totalité, soit en partie, les objets divers permis aux mutualistes par l'article 1er de la loi (1). En outre, pour qu'une société puisse se placer

(1) Avant la loi de 1898, les sociétés de secours mutuels pouvaient avoir seulement l'un des buts suivants : secours temporaires à leurs membres malades, blessés ou infirmes ; pensions de retraite aux sociétaires âgés ; soin de pourvoir aux funérailles de leurs membres ; enfin assurances collectives en cas de décès. L'art. 1 de la loi de 1898 a étendu notablement leur cercle d'action. Elle leur a permis de donner des secours temporaires pour maladies, blessure ou infirmité, non seulement à leurs membres participants, mais encore aux familles de ces membres ; elle a autorisé la même

sous l'empire de ces règles spéciales, il faut qu'elle garantisse à tous ses membres *participants* (1) les mêmes avantages, sans autre distinction que celle qui résulte des cotisations fournies et des risques apportés. Ne sont pas sociétés de secours mutuels les associations qui, tout en organisant, sous un titre quelconque, tout ou partie des services prévus à l'article 1er, créent au profit de telle ou telle catégorie de leurs membres et au détriment des autres des avantages particuliers. Mais ces sociétés pourraient, si leurs statuts ne renferment aucune clause illicite, contraire aux lois ou aux mœurs, se former sous le régime des associations de la loi de 1901.

La loi sur les sociétés de secours mutuels, pas plus que la loi sur les syndicats, ne prévoyait la possibilité d'établir une société de ce genre sans personnalité morale. Ou bien la société de secours mutuels est une personne

extension en ce qui concerne les pensions de retraite ; elle leur a permis de contracter, non seulement des assurances *collectives* pour le cas de décès ou d'accident (comme le permettaient déjà les art. 7 et 15 de la loi du 11 juillet 1868), mais aussi des assurances sur la vie *individuelles* au profit de leurs membres. Elle leur a permis en outre d'allouer des secours aux ascendants, aux veufs, veuves ou orphelins des membres participants décédés. Enfin, accessoirement, et à condition qu'il soit pourvu à ces dépenses au moyen de cotisations ou de recettes spéciales, elle leur a permis de créer au profit de leurs membres des cours professionnels, des offices gratuits de placement, et enfin d'accorder des allocations en cas de chômage. Cette dernière innovation, qui est particulièrement grave, et qui n'a pas passé sans difficulté, vise surtout les sociétés de secours mutuels ayant un caractère professionnel, qu'il a été dans la pensée du législateur d'encourager.

(1) Cela n'exclut pas pour les sociétés de secours mutuels, la possibilité d'avoir des membres honoraires, c'est-à-dire payant la cotisation ou faisant des dons à l'association sans prendre part aux bénéfices attribués aux membres participants.

morale, ou bien elle est illicite et doit être dissoute ; il n'y a pas place pour une situation intermédiaire. Mais, là comme pour les syndicats, il pourrait arriver qu'une société, rentrant par son objet dans le cadre des sociétés de secours mutuels, préférât se placer sous l'empire de la loi de 1901. En tant qu'association déclarée, elle le pourrait certainement. En tant qu'association non déclarée, c'est un point plus douteux, car on ne peut pas concevoir une société de secours mutuels sans cotisation et placement de fonds, et la possibilité pour une association non déclarée de percevoir des cotisations est discutée. Si on admet avec nous l'affirmative, il faudra en conclure qne, pour les sociétés de secours mutuels, aussi bien que pour les syndicats, la loi de 1901 a indirectement introduit la possibilité d'une catégorie nouvelle, celle des sociétés de secours mutuels non douées de personnalité morale.

158. VI. *Sociétés ou caisses d'assurances mutuelles agricoles.* — Jusqu'à la loi du 4 juillet 1900, ces sociétés sans être rangées par la doctrine dans la catégorie des sociétés véritables (1) étaient cependant réglementées, comme les autres assurances mutuelles, d'après les principes des sociétés. En vertu de l'article 66 de la loi du 24 juillet 1867, et du décret du 22 janvier 1868, elles étaient soumises non au principe de l'autorisation gouvernementale, mais à une série de formalités assez com-

(1) D'après le critérium courant (ci-dessus, nos 100 et s.), toutes les sociétés d'assurances mutuelles sont des associations, et l'exposé des motifs de 1867 faisait bien ressortir que le législateur ne la réglementait dans la loi sur les sociétés qu'*utilitatis causâ*, à raison de la ressemblance de ces associations avec des sociétés véritables (V. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit comm.*, t. 2, n° 34).

plexes. En fait, un certain nombre de syndicats agricoles avaient cru pouvoir constituer des sociétés de ce genre, sans autorisation, sous le couvert de la loi syndicale. Mais les parquets n'avaient pas admis cette possibilité (plus que douteuse en effet), et avaient commencé des poursuites contre quelques-unes des associations ainsi constituées. C'est pour régulariser la situation de ces sociétés, jugées dignes de faveur, que le législateur est intervenu. La loi du 4 juillet 1900 les soumet simplement, au point de vue de leur constitution, aux formalités imposées aux syndicats professionnels ; elle en fait donc des personnes morales du type *association*, plutôt que du type *société*. Cette faveur n'est d'ailleurs accordée qu'aux sociétés constituées entre agriculteurs, gérées et administrées gratuitement, n'ayant en vue et ne réalisant en fait aucun bénéfice, et ayant pour objet de garantir leurs membres contre les risques agricoles (Voir le rapport de M. Mir, au Sénat, dans Dall. 1900-4-83).

Ces sociétés, comme les syndicats eux-mêmes, pourraient aujourd'hui se constituer sous le régime de la loi du 1er juillet 1901.

§ 3. — *Sociétés*

159. D'après les explications données plus haut (nos 71 et s.), nous ne considérons comme personnes morales que les sociétés à personnel variable, c'est-à-dire les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions. Nous n'avons pas d'ailleurs, en ce qui les concerne, à étudier le détail des règles de constitution, règles très complexes à raison de la multi-

plicité des intérêts en présence : souscription intégrale du capital, versement du quart ou de la totalité de chaque action, déclaration par-devant notaire de l'état des souscriptions et versements. Toutes ces règles concernent la validité de la société en elle-même, la formation du *substratum* de la personnalité. Elles sont complétées par les règles sur la *publicité* des sociétés, publicité qui seule achève la personnalité de la société, jusque-là simplement en voie de formation (1).

La législation a, comme on le sait, abandonné depuis 1867 (2), le système de l'autorisation préalable, qui n'est plus en vigueur chez nous que pour les sociétés ayant pour objet les assurances sur la vie (3). Elle est donc arrivée en cette matière, plus vite qu'en matière d'association au système de réglementation légale substitué à celui d'autorisation préalable. En cela elle n'a fait que suivre ou devancer la plupart des législations étrangères (4). Le pouvoir reconnu jadis à l'Etat sur ce point n'avait point d'ailleurs le même caractère que celui qui lui était attribué en matière d'association; il n'a jamais ici séparé arbitrairement la formation du groupe

(1) V. sur ces dernières règles, Thaller, *Droit commercial*, n°s 359 et s. (3e éd). Lyon-Caen et Renault, *Traité* (3e éd.), t. 2, n°s 188 et s. La même publicité est aujourd'hui exigée à peu de chose près pour toutes les sociétés de commerce, et toutes les sociétés civiles à forme commerciale.

(2) Partiellement depuis 1863.

(3) En outre pour les tontines. Mais les tontines ne sont pas des sociétés au sens propre du mot.

(4) « L'autorisation dit M. Thaller (*op. cit.*, n° 994) est aujourd'hui un système condamné. Il a été abandonné à peu près partout (sauf en Hollande, en Autriche, où il a été bien atténué depuis 1889, en Russie dont la législation de 1901 prépare une réforme libérale, etc.) » — V. Lyon-Caen et Renaul, *op. cit.*, n°s 673 et s.

de sa reconnaissance à titre de personne morale ; ce qu'il autorisait ce n'était pas la personnalité, c'était la formation même de la société, la constitution du substratum. L'absence d'autorisation n'avait pas pour effet de laisser subsister un groupement licite dépourvu de personnalité ; elle entraînait le caractère illicite du groupe lui-même. C'est encore ce système qui est aujourd'hui en vigueur pour les sociétés d'assurance sur la vie. Les motifs de cette exigence et ceux de sa suppression n'appartiennent donc pas en réalité à la théorie de la personnalité morale, et il ne nous semble pas qu'il y ait lieu d'y insister ici.

160. Les sociétés d'assurances *mutuelles* constituent, d'après le critérium généralement adopté, plutôt des associations que des sociétés. Pourtant le législateur, se rapprochanten fait de l'opinion que nous considérons comme préférable, les a réglementées, dans la loi du 24 juillet 1867, et le décret du 22 janvier 1868, en même temps que les sociétés, et les a soumises en principe aux mêmes règles (1). S'il s'agit d'assurance sur la vie, il leur faut l'autorisation gouvernementale ; pour toute autre, elle n'est plus nécessaire depuis 1867, et il suffit à l'association de se soumettre aux formalités des articles 8 et 10 du décret de 1868. Mais c'est une question controversée que de savoir si ces associations constituent des personnes morales. Pour nous, nous ne le mettons point en doute, ces associations étant normalement à per-

(1) V. ci-dessus, n[os] 100 et s. L'exposé des motifs de la loi de 1867 fait d'ailleurs ressortir que le législateur ne réglemente ces assurances dans la loi sur les sociétés qu'*utilitatis causâ,* à raison de leur ressemblance avec les sociétés véritables. V. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial,* t. 2, n° 34.

sonnel variable, et devant, d'après nos principes, être considérées comme personnes morales par cela seul qu'elles sont licites, et que la législation ne s'y oppose pas d'une manière expresse. Or, bien loin qu'elle s'y oppose, il nous semble que la réglementation de ces associations dans la loi de 1867, et l'ensemble des dispositions du décret de 1868, supposent implicitement l'idée de personnalité (1).

§ 4. — *Fondations*

160 *bis*. La fondation de droit privé peut comme nous l'avons dit, exister avec ou sans personnalité morale. Nous n'avons à nous occuper ici que des fondations auxquelles leur auteur a voulu donner une certaine autonomie, et qui en conséquence aspirent à se constituer comme personnes morales distinctes. Pour elles, comme pour les associations, il y a deux questions à distinguer : celle de la constitution du *substratum*, celle de l'autorisation par l'Etat. — Le *substratum*, ici, au lieu d'être un groupe de personnes s'associant en vue d'un but, est un groupe de personnes désigné par leur fondateur (par exemple les pauvres de telle commune), personnes, qui ont entre elles aucun lien contractuel, qui en conséquence n'organisent pas elles-mêmes leur représentation légale, et auxquelles il faut que le fondateur fournisse l'organisme nécessaire à cette représentation. L'acte de fondation consiste donc

(1) V. sur la controverse, Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. 2, n°s 137-138. Ces auteurs admettent la négative. M. Thaller (n° 737) déclare que l'affirmative n'est cependant guère douteuse.



essentiellement en deux choses : désignation du groupe destinataire, constitution de l'organisme de la fondation. En droit privé, il comprend toujours en outre pratiquement l'assignation, à la fondation ainsi organisée, d'un patrimoine provenant du fondateur. Nous verrons plus loin pourquoi cette condition de fait est généralement exigée (1).

Beaucoup de législations réglementent ce premier stade de la création d'une fondation privée ; ils font de cette constitution un acte *sui generis*, qui peut se faire soit entre vifs, soit à cause de mort (2). Notre législation

(1) Ci-dessous n° 166 *in fine*.

(2) C'est le cas notamment pour le Code civil allemand §§ 80 et s. D'après ces dispositions, la fondation peut se faire soit entre vifs, soit par acte de dernière volonté. Dans les deux cas, elle est soumise (à la différence de la corporation à but idéal), au principe de l'autorisation gouvernementale.

La fondation *entre vifs* se fait par écrit ; elle consiste dans une déclaration *unilatérale* de volonté. La loi n'indique pas expressément tout ce que doit contenir cette déclaration. Il va sans dire qu'elle doit manifester la volonté de créer une nouvelle personne juridique, et en même temps indiquer le but de la fondation de manière à l'individualiser d'une manière suffisante ; elle doit aussi régler la désignation du *Vorstand*, c'est-à-dire de l'organe destiné à administrer la fondation. La question de savoir si elle doit aussi contenir nécessairement la constitution d'un patrimoine au profit de l'œuvre à fonder est discutée : elle dépend de la notion même que l'on se fait de la personnalité morale. Dans le sens de l'affirmative, v. Planck, sur le § 81, n° 2 ; Meurer, *Die jurist. Personen*, § 24, et § 25, p. 248 et s. ; dans le sens de la négative : Stintzing, dans *Archiv für die civilist. Praxis* (1898), t. LXXXVIII, p. 414). La déclaration de volonté ainsi faite reste révocable tant que l'autorisation gouvernementale n'a pas été obtenue ; elle produit toutefois son effet dès le moment où elle intervient en ce sens que si postérieurement (et même avant l'autorisation), le déclarant meurt ou devient incapable, elle continuera de subsister. A partir de l'autorisation la fondation a un droit de créance contre le fondateur, qui

au contraire n'a jamais fourni aux fondateurs ce moule spécial, dont l'existence a cependant le très grand avantage de fournir des règles juridiques précises à la période embryonnaise de la fondation. Elle a toujours vu dans la fondation une simple disposition de biens faite à titre gratuit, et elle a toujours renvoyé le fondateur à l'application des règles du droit commun sur les libéralités. De là des difficultés nombreuses dont nous parlerons plus loin.

Quant à la question d'autorisation par l'Etat, notre législation, au moins depuis la période révolutionnaire, et même, suivant l'opinion commune, depuis l'Edit de 1749, (1) l'a toujours considérée comme nécessaire

est obligé de lui transférer les droits indiqués par lui comme devant servir à doter la fondation ; elle devient immédiatement titulaire des droits qui, d'après le droit commun, se transmettent par un simple contrat de cession.

La fondation *par acte de dernière volonté* se fait dans une disposition testamentaire qui contient tout à la fois l'établissement de la fondation, et sa dotation par legs ou institution d'héritier. Il n'y a pas là deux actes juridiques distincts, mais un seul. L'autorisation gouvernementale doit être donnée par le tribunal de la succession, lorsqu'elle ne l'est pas par l'héritier ou l'exécuteur testamentaire. Elle pourrait d'ailleurs être donnée d'office (V. pour les détails : Saleilles, *op. cit.*, p. 94 et s.). Le projet de Code civil suisse, art. 90 et s., contient des dispositions analogues : la fondation est constituée par acte authentique ou par disposition de dernière volonté. Elle est inscrite au registre du commerce. Mais, à la différence de la législation allemande, le projet n'exige pas l'autorisation de l'Etat.

(1) Il semble bien que ce soit à cette date seulement que remonte, dans notre ancien droit, la nécessité d'une autorisation par Lettres patentes pour les fondations, — et encore cette nécessité comportait certaines exceptions. V. sur ces points : de Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations*, p. 371 et s. — M. Salmon, *La fondation et l'Edit d'août 1749* (dans *Revue générale d'Administration* 1904, t. 3. p. 395 et s., et 1905, t. I. pp. 12 et s.), a sou-

pour arriver à la personnalité d'une fondation. Il n'y a donc eu ici aucune évolution analogue à celle qui s'est produite pour la personnalité des associations. Comme nous l'avons déjà dit, nous croyons préférable de maintenir cette règle qui est admise dans la plupart des législations étrangères (1).

161. Nous avons dit que c'était uniquement dans le droit commun des libéralités que le fondateur devait puiser les moyens nécessaires pour conférer à la fondation l'existence de fait préalable, nécessaire de la demande en autorisation. Le procédé qu'il peut employer varie suivant qu'il veut organiser et doter la fondation de son vivant ou seulement après sa mort.

Dans le premier cas il faudra d'abord qu'il consacre en fait certains biens au but qu'il se propose. Il fera construire, par exemple, de ses deniers, l'hôpital qu'il veut fonder; il y installera le personnel nécessaire, et le fera fonctionner comme il fonctionnera dans l'avenir. Mais, pendant cette période, l'œuvre n'aura aucune personnalité; ce sera le fondateur lui-même employant une partie de son patrimoine à un but désintéressé, et conservant toute sa liberté d'action (sous réserve des contrats qu'il a pu passer avec certains collaborateurs) soit pour augmenter, soit pour diminuer l'importance des sommes affectées à la fondation, ou même pour supprimer l'œuvre

tenu que, même à partir de cette date, la fondation était en principe libre.

(1) Il ne nous paraît pas nécessaire de passer ici en revue, avec détails, les diverses législations. La nécessité d'une autorisation par l'Etat est admise notamment en Allemagne, Italie, Belgique, Espagne. Elle est au contraire écartée en Angleterre, en Hollande, et, dans le Projet de Code civil suisse. On peut consulter sur le droit comparé en cette matière : de Lapradelle, *op. cit.*, pp. 377 et s.

entièrement. C'est seulement quand la fondation aura ainsi fonctionné en fait pendant un certain temps, qu'il pourra obtenir qu'elle soit dotée de la personnalité civile au moyen de la reconnaissance comme établissement d'utilité publique. Cette reconnaissance est faite par décret au Conseil d'Etat (1), et le Conseil d'Etat a élaboré, pour les établissements de ce genre qui la sollicitent, un modèle de statuts-types, qui diffère par quelques détails de celui qui est proposé aux associations (2).

Dans ce système, la fondation n'a, tant que l'autorisation n'a pas été obtenue, aucune existence légale ; son patrimoine futur se confond, au point de vue juridique, avec celui du fondateur, puisque l'affectation, même déjà réalisée en fait, n'est légalement qu'un projet. Il ne semble pas que, dans cette situation, il soit possible de lui reconnaître la vie embryonnaire que nous avons reconnue à l'association non personnalisée. Aucun acte juridique n'est en effet encore venu attester son existence dans le domaine du droit, pas même un acte analogue au contrat qui donne naissance à l'association. Il

(1) Pour les associations, il faut, depuis la loi du 1er juillet 1901 (art. 10), un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique. Aucun texte jusqu'ici n'étend cette exigence au décret qui reconnaît l'utilité publique d'une fondation. Il semble qu'il faille toujours appliquer ici le règlement du 3 avril 1886, qui, modifiant l'art. 7 du décret du 2 août 1879, soustrait la question à l'Assemblée générale du Conseil d'Etat pour la soumettre seulement à une délibération de section.

(2) Ils ont été distribués, le 23 mars 1896 (V. le texte dans *Revue des établiss. de bienf.*, 1897, p. 330). On peut citer, comme types des fondations de ce genre, faites soit entre-vifs, soit à cause de mort, l'asile Galliéra, et la fondation Furtado-Heine (V. *eod. l.*, p. 329), l'Académie de Goncourt, etc. (V. Lévy Ullmann et Grunebaum Ballin, dans *Revue trimestrielle de droit civil*).

en serait tout autrement dans les législations qui, comme le Code civil allemand, admettent la création de la fondation par acte unilatéral de volonté ; même si elles exigent l'autorisation de l'Etat, elles voient le véritable acte créateur dans l'acte de volonté, et elles doivent logiquement considérer l'autorisation comme purement déclarative, et comme rétroagissant au jour où la fondation a été constituée (1).

162. Pratiquement c'est surtout à des dispositions à cause de mort que les fondations doivent leur origine. L'absence d'une institution juridique spéciale crée pourtant ici des difficultés graves. Le fondateur ne peut léguer ses biens à l'œuvre à fonder, puisque celle-ci n'existe pas encore. Il est donc obligé de prendre un détour, et de léguer à personne déjà existante, à charge par le légataire d'établir en fait la fondation. Les difficultés varient suivant le procédé employé.

1° L'intermédiaire choisi peut être une personne physique, simplement chargée d'affecter les biens au but que se propose le fondateur, sans être obligée de solliciter pour l'œuvre entreprise la personnalité morale. C'est le procédé du testament de Théophraste et du testament de Nicole, et nous le retrouvons chez nous fréquemment employé, par exemple dans le testament Baron, et dans le testament Graule, qui ont fait l'objet

(1) Aussi les auteurs allemands sont-ils disposés à admettre une vie embryonnaire de la fondation analogue à la vie embryonnaire de l'association. V. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, § 78, n° 3 (p. 651-652). La solution dépend d'ailleurs des idées théoriques sur la nature de la personnalité morale ; le système de la fiction conduit à nier cette vie embryonnaire, puisqu'il considère l'autorisation de l'Etat comme l'acte créateur.

l'un et l'autre d'une longue série de décisions judiciaires (1).

Au point de vue du résultat pratique, ce procédé est évidemment incomplet, parce que, n'aboutissant pas à la personnalité morale, et ne s'appuyant d'ailleurs sur aucune personne morale déjà existante, il n'assure pas, d'une manière suffisante, la perpétuité de l'œuvre. Au point de vue juridique, il doit, à notre avis, être considéré comme régulier ; mais il a donné lieu à des objections que nous ne pouvons examiner ici dans tous leurs détails. La plus grave se présente dans le cas où le bien légué doit être *en entier* affecté à l'œuvre ; on a pu soutenir dans ce cas, avec beaucoup de force, que le legs était nul parce

(1) Sur le testament de Théophraste, v. de Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations*, p. 13. Sur le testament de Nicole, *eod. loc.*, p. 114, note 4 (Denizart, v. *Fidéicommis*, § 3, n° 3, cite d'autres exemples). Sur le testament Baron, v. Orléans, 8 janvier 1885 et Cass. 5 juillet 1886. D. 86. 1. 465 ; et S. 90. 1. 241, note de M. Labbé. Angers, 22 juillet 1887. D. 89. 2. 4 ; et Req., 6 mai 1888. D. 89. 1. 314, et S. 90. 1. 241. La demoiselle Baron, avait légué tous ses biens au comte Armand de Biencourt, à charge d'établir à perpétuité, à Azay-le-Rideau, une école libre de garçons ; il était dit dans le testament qu'en aucun cas on ne pourrait changer l'affectation des biens légués, et que le légataire aurait soin de prendre toutes les dispositions nécessaires pour assurer la continuité de l'œuvre après sa mort. L'arrêt de la Cour d'Orléans annule ces dispositions, comme ne contenant pas un legs *sérieux* ; elles sont au contraire validées par les autres arrêts ci-dessus cités. Sur le testament Graule, v. Montpellier, 23 avril 1900, et Cass., 12 mai 1902, D. 1902. 1. 425, avec les conclusions de M. le procureur-général Baudouin. M. Graule avait institué comme légataires universels trois personnes, chargées d'employer les biens à la fondation d'une œuvre hospitalière dont la direction serait confiée à des religieuses, et, afin d'assurer la perpétuité de l'œuvre, avait engagé ses légataires universels à former entre eux une société civile de longue durée. Les deux arrêts ont admis la validité de cette disposition.

qu'il ne comporte aucun avantage, même simplement éventuel, pour le légataire, et que l'*animus donandi*, cause essentielle de tout legs, lui fait défaut (1). Même pour le cas où la charge n'absorbe pas en entier l'émolument du legs, on peut encore objecter que les bénéficiaires de la fondation ainsi faites doivent être assimilés à des légataires, que ce sont des personnes incertaines, pouvant n'être pas même conçues à l'époque du décès du testateur, et que l'article 906 fait obstacle à la disposition faite en leur faveur. On peut objecter enfin que l'établissement même à créer est au fond le véritable légataire, et que l'article 911 fait obstacle à ce qu'il puisse recevoir, puisqu'il n'est pas une personne juridique et même ne doit jamais l'être.

La jurisprudence n'a pas cru devoir s'arrêter à ces objections : elle a répondu à la première que ce qui fait le legs, c'est la transmission à titre gratuit de la propriété des biens légués, et que, si le légataire devient incontestablement propriétaire, il importe peu qu'il n'acquière cette propriété qu'en assumant des charges capables d'en absorber l'émolument ; que c'est à lui à apprécier s'il doit accepter, et que, s'il le fait, le legs est valable alors même qu'il constituerait le légataire en perte. Elle a répondu à la seconde et à la troisième que les articles 906 et 911 ne s'appliquent qu'au legs direct

(1) V. le développement de cette idée dans de Lapradelle, *op. cit.*, p. 125 et s. (L'auteur vise l'hypothèse d'un legs à charge de fonder un établissement pour lequel on demandera la personnalité ; mais l'objection est la même dans le cas contraire). Au raisonnement général indiqué au texte, il ajoute (p. 133) que, par là, on violerait l'art. 1026 C. c., qui refuse la saisine des immeubles à l'exécuteur testamentaire, parce qu'au fond le légataire dont il s'agit n'est pas autre chose qu'un exécuteur testamentaire

et non au legs fait indirectement sous forme de charge. La majorité de la doctrine s'est montrée disposée à accepter ces réponses (1). Les dispositions ainsi faites ne peuvent d'ailleurs être grevées d'aucune charge formelle de conserver et de rendre ; elles tomberaient, en effet, par là sous le coup de la prohibition des substitutions, et on pourrait en outre leur reprocher d'aboutir à la constitution d'une mainmorte occulte. Il est clair que cette règle aggrave la précarité qui s'attache à toute fondation de ce genre.

163. 2° L'intermédiaire choisi est une personne morale, qui doit affecter les biens au but désigné, sans être obligée de solliciter pour l'œuvre entreprise la personnalité morale : par exemple un legs est adressé à une commune à charge de fonder et d'entretenir une école dans des conditions déterminées, à une Académie à charge de distribuer des prix, etc. (2). Ici nous ne

(1) V. particulièrement la note de Beudant, sur l'arrêt de Besançon, 26 mars 1891, D. 93. 2. 1, et les nombreuses références qui y sont citées.

(2) Il faut classer dans la même catégorie la libéralité adressée à une personne morale existante, à charge par elle d'en faire bénéficier un service dont elle a la charge, mais qui n'est pas érigée à titre de personne morale : libéralités faites au département en faveur du service des enfants assistés ; au maire, représentant légal des pauvres en faveur d'une œuvre municipale, crèche, nursery, ouvroir, etc., non personnalisée (V. notamment dans les *Notes de jurisprud. administ.*, publiées en 1892, p. 183, les libéralités autorisées en faveur de crèches, qui, bien que n'étant pas reconnues d'utilité publique, se rattachent étroitement à l'Administration municipale). En la forme, les libéralités de ce genre sont souvent adressées à l'établissement non reconnu lui-même ; mais elles sont considérées comme s'adressant à la personne administrative compétente, avec charge d'en faire profiter l'œuvre en question. Toutefois, il faut pour cela que la libéralité vise les *pauvres* et non

retrouvons plus la première des objections adressées à la fondation par intermédiaire de personne physique (celle qui est tirée du défaut d'*animus donandi*) ; c'est bien, en effet, gratifier la personne morale que de lui donner des biens affectés au but ou à l'un des buts en vue desquels elle a été créée ; par là on facilite sa tâche, et c'est la seule manière de gratifier une personne morale, puisque, à la différence des personnes physiques, elle n'a d'autres besoins que ceux des services dont elle est chargée. La seconde objection signalée plus haut, celle qui est tirée du caractère futur et incertain des bénéficiaires de la fondation, aurait il est vrai, la même valeur ici que pour les personnes physiques ; mais nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence ne s'y étaient jamais sérieusement arrêtées.

Aussi le procédé de fondation dont il s'agit est-il généralement approuvé de tous, et il est d'une pratique courante. Il présente l'avantage de n'être pas précaire comme la fondation par legs à personne physique, puisque l'intermédiaire choisi est une personne morale à vie indéfinie. En outre, il n'y a pas de danger qu'il aboutisse à la constitution d'une mainmorte occulte, puisque les legs à personne morale sont d'ordinaire soumis à autorisation du Gouvernement. Le procédé a cependant plusieurs points faibles : 1° il est fort pos-

l'œuvre incapable elle-même. V. Derouin, Gory et Worms, *Traité de l'assistance publique*, t. 2, p. 440, et les arrêts des tribunaux judiciaires qui statuent en ce sens. C'est dans la même catégorie qu'il faut ranger les libéralités adressées aux fabriques, à charge de fondation de services religieux (fondation qui peut d'ailleurs aussi être faite avec la fabrique par voie de *convention*, et qui dans ce cas n'a pas le caractère de libéralité).

sible que le fondateur ne trouve pas, parmi les personnes morales existantes, un groupement dont l'Administration lui inspire toute confiance au point de vue de l'*esprit* dont il désire que son œuvre soit animée ; dans ce cas, il est fort naturel qu'il cherche à créer une personne morale nouvelle dont l'organisme soit pleinement approprié au but qu'il a en vue ; 2° le procédé garantit moins bien la perpétuité de l'œuvre que la création d'une personne morale nouvelle, parce qu'il ne donne pas à l'œuvre des représentants spéciaux, uniquement chargés de maintenir l'affectation des biens ; il pourra arriver un moment où la personne morale légataire sera tentée de détourner ces biens pour les affecter à quelque autre de ses services ; et si on est éloigné de l'époque de la fondation, il y a chance pour qu'aucun héritier ne réclame, et que rien ne fasse obstacle à ce changement de destination ; 3° enfin notre jurisprudence française oppose à ce procédé un obstacle artificiel, qui est de nature à aggraver les inconvénients précédents : elle ne permet à chaque personne morale de recevoir des libéralités à charge de fondation que si ces libéralités rentrent dans le cercle de *sa spécialité*. Ce principe (que nous étudierons à propos de la capacité des personnes morales) gêne souvent le choix du testateur, et peut être un motif de plus pour qu'il cherche à créer une personne morale nouvelle (1).

(1) Cpr. la note de Beudant ci-dessus citée (D. 93. 2. 2) : « Il peut arriver que... le créateur de la fondation ne rencontre pas un établissement public ou d'utilité publique ayant qualité pour réaliser la pensée conçue, et en assumer la tâche ; c'est possible, puisque à l'inverse des personnes humaines qui ont la plénitude de capacité juridique, les personnes civiles... n'ont qu'une capacité limitée par le service qui leur est confié. Ou bien, s'il s'en trouve

164. 3° Il peut le faire en prenant comme intermédiaire une personne physique, qu'il charge de créer l'œuvre avec les biens légués, et de solliciter ensuite pour elle la personnalité morale, c'est-à-dire dans notre droit la reconnaissance comme établissement d'utilité publique. Les objections que l'on peut faire à la situation du légataire sont à peu près les mêmes que celles qui ont été indiquées plus haut à propos de la constitution par œuvre de fait confiée à personne physique, et on y répond de la même manière. Il faut convenir cependant que quelques-unes paraissent prendre une force plus grande à raison de l'obligation imposée au légataire de solliciter pour l'œuvre la personnalité morale. Ne peut-on pas dire ici qu'il n'est point un légataire sérieux, puisqu'il est obligé, non seulement à donner aux biens une affectation déterminée, mais encore à se dépouiller de leur propriété ? Ne peut-on pas soutenir aussi qu'au fond c'est l'œuvre à créer qui, dans la pensée du testateur, est bien le véritable légataire, puisqu'il a voulu qu'elle fût propriétaire, et, si on admet cette idée, la nullité de la disposition n'en résulte-t-elle pas nécessairement en vertu de l'article 906 ?

Il faut bien avouer que ces objections sont pressantes. Le mode de fondation dont il s'agit est pourtant, de tous les procédés, le plus souple, et le seul qui soit

quelqu'une à qui il pourrait s'adresser, il se peut qu'il ne lui convienne pas, pour des raisons dont il est seul juge, de s'en remettre à elle du soin de servir l'œuvre projetée, dans la crainte, par exemple, qu'elle n'y apporte pas l'esprit qu'il entend y attacher ». L'inconvénient est encore aggravé par le principe de *laïcité*, qui s'impose aujourd'hui à tout établissement public, autre que l'établissement public consacré exclusivement aux besoins du culte.

assuré de répondre toujours aux intentions du fondateur, tout en donnant à son œuvre la perpétuité qu'il désire. Aussi l'a-t-on généralement approuvé, *utilitatis causà*, et parfois même on le trouve approuvé par des auteurs qui refusent de reconnaître la validité du premier procédé indiqué ci-dessus. Ils considèrent la fondation par legs *sub modo* à personne physique comme valable *dans le cas seulement* où le légataire est obligé de demander la reconnaissance d'utilité publique (1). Ce mode est le seul équivalent, dans les législations comme la nôtre, de la fondation directe par testament, tel que l'admet le droit allemand.

La vérité est que, dans ce cas, il est impossible de nier que la fondation n'implique un legs adressé à l'œuvre à fonder, avec la condition *si nascatur*. Le légataire apparent n'a ici la propriété que d'une manière intérimaire et dans le but de transférer les biens à un tiers. L'ensemble de la discussion devrait aboutir à permettre, comme le faisaient déjà plusieurs de nos anciens auteurs (2), comme l'a admis Troplong sous le droit

(1) C'est notamment l'opinion soutenue par M. Tissier, *Dons et legs*, nos 72 et s. C'est aussi celle qui paraît avoir été admise par la Cour de cassation pendant un certain temps, notamment dans les arrêts suivants : Caen, 22 juin 1858, et Cass., 7 novembre 1859. Testament de la dame Delivet, chargeant sa légataire universelle de fonder dans la commune un établissement scolaire et charitable, et de le faire reconnaître comme établissement d'utilité publique : Cass. 8 avril 1874, legs à charge d'achever la fondation à Anduze, d'un établissement dit *Asile de Bon Secours*, et d'en obtenir la reconnaissance comme établissement d'utilité publique. Ces arrêts admettent qu'il y a là une *charge* et non un *legs*, et que l'établissement à fonder pourra en demander le bénéfice lorsqu'il sera reconnu d'utilité publique.

(2) Par exemple Furgole et Ricard. V. les citations dans Salmon, *op. cit.*, n° 11 (*Revue gén. d'Adm.*, 1904, t. III, p. 393).

actuel, que l'on peut léguer directement à l'œuvre à fonder, sous la condition qu'elle sera reconnue. Il est vraiment puéril de rejeter ce procédé, complété par la nomination d'un exécuteur testamentaire, et d'admettre le procédé de legs à personne physique à charge de fonder (1).

(1) MM. Lévy Ullmann et Grunebaum (*Essai sur les fondations par testament* dans *Revue trimestr. de Droit civil*, 1904, p. 277-278) admettent la validité de la libéralité adressée à une œuvre *à fonder*, en se basant sur un raisonnement des plus simples. « Tout est factice, disent-ils dans la personnalité civile : et l'autorité publique qui crée artificiellement l'existence juridique peut *a fortiori fixer le point de départ de cette existence*, la date de la naissance de la personne morale ». A la bonne heure ! C'est le principe de la fiction guérissant lui-même les blessures qu'il a faites ! On arrive ainsi à permettre non seulement le legs à l'œuvre ayant déjà une existence de fait, mais le legs à l'œuvre future, qui n'existe au moment du décès que dans la pensée du testateur ; et en somme on supplée à l'absence d'un texte analogue aux art. 80 et s. du Code civil allemand. Il n'est plus nécessaire de faire de la fondation par testament un acte *sui generis*, puisque le procédé du legs à œuvre future en joue le rôle. Nous voudrions bien sincèrement pouvoir accepter cette formule si simple ; mais nous avons des doutes sur sa valeur, même en nous plaçant hypothétiquement avec les deux auteurs, sur le terrain de la fiction : sans doute le Gouvernement, avec ce système, est le maître absolu de l'emploi qu'il doit faire de cette fiction ; il peut (et c'est pour nous un des graves inconvénients de la théorie), l'employer même lorsque la réalité ne lui fournit aucun substratum. Il n'y a pas de limite à son pouvoir... dans l'avenir ; mais peut-il en être de même *dans le passé* ? Un des principes de notre droit (appliqué par l'art. 906, d'une manière expresse, aux seules personnes physiques, mais cependant général par ses motifs), c'est que pour recevoir une libéralité par testament, il faut exister à l'époque du décès du testateur. Si une libéralité est faite à une personne non encore existante à ce moment, il y a, dès le jour de ce décès, droit acquis pour les héritiers à demander la nullité du legs. Comment admettre que le Gouvernement ait par un acte postérieur, le pouvoir de porter atteinte à ce droit acquis ?

165. 4° Enfin le testateur peut faire une libéralité à une personne morale déjà existante, mais à la charge pour elle d'ériger l'œuvre qu'elle entreprend en personne morale distincte : libéralité adressée à une commune à charge de fondation d'un établissement public de bienfaisance (1), à un hospice en vue de la fondation d'un orphelinat, etc. (2). Ce procédé, qui n'est applicable qu'exceptionnellement, présente, sur celui décrit ci-dessus sous le n° 2, l'avantage de donner à l'œuvre une représentation distincte ; mais, pas plus que lui, il ne donne au testateur la certitude de trouver pour intermédiaire une personne morale animée de l'esprit qui l'inspire, et comme lui il se heurte aux difficultés naissant des principes de la spécialité et de la neutralité. En outre, il n'est pas à l'abri des critiques juridiques adressées au procédé décrit sous le n° 3 ; car la personne morale gratifiée en apparence n'est, comme la personne physique, qu'un intermédiaire chargé de remettre la *propriété* des biens à une autre personne morale, laquelle n'existe pas encore au moment du décès du testateur.

166. Quoi qu'il en soit de toutes ces difficultés de droit privé, il est certain dans notre droit que les personnes à qui par testament le fondateur a assigné le rôle d'instituer la fondation, ne peuvent donner à celle-ci la personnalité morale qu'en obtenant pour elle la reconnaissance à titre d'établissement d'utilité publique. Les formalités à remplir pour cela sont les mêmes

(1) Projet de décret et note du Conseil d'Etat, 11 mars 1891. Legs Laffite. *Notes de jurisprud. adm.*, 1892, p. 183. *Création d'hospice.* Note du 1er février 1882, *eod. l.*, p. 187.

(2) P. de décret et notes du 3 février 1887, et 5 janvier 1888, *eod. l.*, p. 185.

que pour la fondation établie de son vivant par le fondateur lui-même. Le Conseil d'Etat exige, en règle générale, que l'œuvre ait déjà fonctionné en fait pendant un certain temps pour démontrer sa vitalité et son utilité, et qu'elle justifie de ressources suffisantes ; et il lui applique les statuts-types que nous avons mentionnés plus haut.

Peut-on, dès avant le décret de reconnaissance, et par cela seul que les exécuteurs testamentaires ont déjà commencé à faire fonctionner l'établissement, admettre qu'il existe le germe de personnalité que nous avons constaté dans l'association non encore reconnue, mais que nous aurons refusée à la fondation établie entre-vifs ? Oui, croyons-nous, dès la mort du testateur, il y a en effet déjà un organisme créé en vue de la gestion des intérêts collectifs du groupe humain que le fondateur a voulu doter. Les éléments de la fondation existent donc ; elle a en elle tout ce qu'il faut pour obtenir la personnalité morale, et la reconnaissance n'est, comme en matière d'association, qu'un élément formel, qui n'a rien d'un acte créateur, et qui ne fait qu'achever la fondation, déjà en état de devenir. Cette solution ne peut pas faire grande difficulté, semble-t-il, si l'on admet, par un procédé ou par un autre, que le legs fait par le testateur lui-même à l'œuvre à fonder est valable ; *a fortiori* considérera-t-on comme valable la libéralité adressée par un tiers à cette œuvre après la mort du testateur, mais avant la reconnaissance.

Notre système français aboutit évidemment à cette conséquence pratique qu'une fondation de droit privé ne peut être créée qu'à condition d'être *dotée* par le fonda-

teur. Ainsi que nous l'avons dit (1), cette exigence ne découle nullement de la théorie générale des fondations, et en droit public la pratique ne l'admet pas; elle admet la possibilité d'organismes aptes à posséder, mais ne possédant pas encore. En droit privé, on pourrait admettre la même solution ; mais à notre sens il est préférable de l'écarter pour des motifs d'ordre pratique. Il n'est bon de donner aux particuliers le moyen d'imposer leur volonté aux générations futures que s'ils font au moins pour cela un sacrifice pécuniaire, et il ne semble pas qu'il y ait utilité à leur permettre de créer la personne morale en laissant à d'autres le soin de la doter (2).

(1) Ci-dessus n° 127.

(2) Il y a lieu de classer, en dehors des règles générales qui précèdent, parmi les fondations privées les *caisses d'épargne*. La jurisprudence en effet, avec raison suivant nous, les assimile aux établissements d'utilité publique et non aux établissements publics (V. ci-dessus n° 94). Mais ce sont des fondations privées soumises à des règles spéciales, que nous jugeons inutile d'exposer ici en détail (V. Hanrion. *Dr. adm.*, 5e édit., p. 96 ; Barthélemy, *Dr. adm.*, 3e édit., p. 757 et s. ; Ducrocq et Barilleau, *Dr. adm.*, 7e édit., t. VI, nos 2943 et s.). Ces règles se rapprochent des personnes morales de droit public beaucoup plus que les établissements d'utilité publique ordinaires.

FIN

NOTE ADDITIONNELLE

(Personnalité des chemins de fer de l'Etat)

Un arrêt du Conseil d'Etat en date du 20 janvier 1905 (dans *Revue générale d'administration*, 1905, t. II, p. 313), arrêt dont nous n'avons eu connaissance qu'après l'impression de ce volume, déclare expressément, contrairement à l'opinion que nous attribuons à ce Conseil (ci-dessus, p. 362, note 1), que l'administration des chemins de fer de l'Etat est investie d'une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat. Il en conclut que le ministre des Travaux publics ne peut pas se substituer à cette administration pour poursuivre un fournisseur, et qu'il ne peut pas non plus procéder contre ce fournisseur par voie d'arrêté de débet, ce mode de poursuite n'étant admis que pour les créances du Trésor public. Cet arrêt, qui rompt avec une tradition établie depuis la création des chemins de fer de l'Etat (le système des arrêtés de débet contre les débiteurs de cette administration avait toujours fonctionné en pratique sans réclamation), ne nous paraît point justifié au point de vue théorique. Sans doute l'administration des chemins de fer de l'Etat a en justice son représentant propre (décret du 10 décembre 1895, art. 1, § 3, cbn. avec décret du 25 mai 1878, art. 4 et 6), et il

n'appartient pas au ministre de se substituer à lui. Mais représentation en justice et personnalité sont deux choses très distinctes (voyez, ci-dessus, p. 277 et 278, note 1). L'administration des chemins de fer de l'Etat ne peut être autre chose que l'Etat lui-même, parce que ses gains et ses pertes sont nécessairement ceux de l'Etat. Il en résulte qu'on doit appliquer à ses dettes et à ses créances (sauf texte contraire) toutes les règles applicables aux dettes et créances de l'Etat, par conséquent aussi bien la règle de l'arrêté de débet que celle de la déchéance quinquennale. L'arrêt de 1905 aurait pour conséquence logique le désaveu de l'arrêt du 13 juillet 1900.

TABLE DES MATIÈRES

LAVAL. — IMPRIMERIE L. BARNÉOUD & C[ie]



